RESOLUCION 455
(23 DE OCTUBRE DEL 2023)

POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA EPC-PDA-C-346-2018

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. COMPETENCIA

Que 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.

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

Que de conformidad con lo reglado por el numeral 12 del artículo 2.3.3.1.2.3. del Decreto 1425 de 2019, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., en calidad de gestor del Plan Departamental de Agua del Departamento de Cundinamarca, tiene dentro de sus funciones "*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.*".

Que 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]

Que, bajo el precepto señalado, es claro que el régimen de contratación para aquellos contratos que adelante EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. con recursos del PDA, se rige por las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración pública.

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

Que 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.

II. 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-346-2018, 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: "*Actualización del plan maestro de acueducto y alcantarillado del casco urbano municipio de Villapinzón*"

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

INFORMACION DEL CONTRATO DE CONSULTORIA EPC-PDA-C-346-2018

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: Actualización del plan maestro de acueducto y alcantarillado del casco urbano municipio de Villapinzón.

Fecha de suscripción: 9 de octubre de 2018.

Valor inicial del contrato: TRESCIENTOS SETENTA MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS ($ 370.996.780,00) M/CTE INCLUIDO IVA.

Adición: CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA UN MIL TRESCIENTOS PESOS ($53.871.300) MCTE

Valor del Contrato incluida Adición: CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHENTA PESOS M/CTE ($424.868.080)

Balance Financiero: "Toda vez que el consultor no ha cumplido con la totalidad de los requerimientos necesarios para que se configurara la exigibilidad de pago, se hace necesario precisar que a la fecha no se ha realizado ningún pago al contrato ni existe algún saldo a su favor:

CONCEPTO	DEBE	HABER
Valor del contrato más adición	$424.868.080	
SUMAS IGUALES	$424.868.080	$424.868.080

Plazo inicial: Seis (06) meses

Acta de inicio: 7 de diciembre de 2018

Fecha de terminación inicial: 6 de junio de 2019

Fecha de terminación Final (Suspensión 8): 14 de marzo de 2022

Póliza No 380-47-994000090493 Anexo 11 de Aseguradora Solidaria de Colombia S.A.

III. HECHOS QUE SOPORTAN EL PRESENTE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

PRIMERO: Mediante documento de fecha 04 de abril de 2022, radicado ante la Dirección de Gestión Contractual el 7 de abril 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-346-2018 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-346-2018 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 7 de diciembre de 2018, se le fijó un plazo de seis (6) meses de los cuales los primeros tres (3) meses estarían destinados a la ejecución de la consultoría propiamente dicha y los tres (03) meses restantes al trámite de obtención del concepto de proyecto viable.*
>
> *SEGUNDO: El 13 de julio de 2021 se suscribió la prórroga No. 2, (…)*

TERCERO: Que, de conformidad con los señalado en el numeral que antecede, esta interventoría emitió el respectivo aval al cronograma de actividades por el término de los seis (6) meses adicionados, fijando como fecha de entrega las siguientes:

- ***Primero producto "Diagnostico, planteamiento y selección de alternativas"**, con entrega y aprobación para el 16 de agosto de 2021.*
- ***Segundo producto "Diseño de Detalle"** con entrega y aprobación para 8 de octubre de 2021*
- *T**ercer producto "Documentos para Viabilización"** con entrega y aprobación para 13 de octubre de 2021.*
- *Viabilidad del proyecto hasta el 13 de enero de 2022.*

(…)

CUARTO: Que, el consultor mediante comunicación No. D&P-EPC-PDA-C-347-31 de fecha 4 de agosto de 2021, manifestó a la Dirección Operativa y de Proyectos Especiales presentar inconvenientes con los archivos radicados el día 30 de julio del 2021, los cuales al querer ser validados por parte de la interventoría mediante mesa de trabajo el 02 de agosto del 2021 no abrieron (no pudieron ser leídos), (…)

Por los motivos anteriormente expuestos y ante las circunstancias técnicas reportadas por el Consultor (…), se consideró procedente suspender el presente contrato por el termino de sesenta (60) días, a fin de que el contratista recuperara la información en comento sin repercutir en el plazo de ejecución del mismo, fijando como fecha de reinicio el 3 de octubre de 2021 y finalización el 14 de marzo de 2022.

(…)

QUINTO: Que, el día 12 de agosto de 2021, la interventoría emitió el concepto III de topografía determinando que cumple para diagnóstico, pero con ajustes para realizar en la etapa de diseño (catastro y estructuras especiales). (…)

(…)

DECIMO: Que, el día 18 de febrero del 2022, se convocó a una mesa de trabajo a fin efectuar la revisión del componente de acueducto correspondiente al primer producto "Diagnostico, planteamiento y

selección de alternativas". De la revisión efectuada, se generaron una serie de observaciones para ser ajustadas por parte de la consultoría

(…)

DECIMO SEGUNDO: Que, con relación a la entrega realizada por la Consultoría el día 25 de febrero de 2022 y 14 de marzo 2022, la interventoría generó un concepto de revisión del cual se destaca lo siguiente:

Concepto predial de fecha 8 de marzo de 2022:

- *Se sugiere que el ID, en los planos y base de datos (Afectación Predial) se utilice las iniciales del contrato para poder identificar a que corresponde*
- *El informe predial, plano general y por predio deben indicar el profesional y No. de tarjeta profesional de quien los elaboro, al igual que un rotulo y estar firmados.*
- *Dentro de las convenciones favor indicar a que trazado corresponde.*
- *Se requiere del informe de levantamiento topográfico del área afectada por el proyecto, informe que debe complementar el plano general y el informe predial indicando el área posible adquirir o de constitución de servidumbre.*
  También se deben entregar los planos en DWG.
- *Los planos de localización general y predial deben estar georreferenciados.*
- *Se recomienda complementar el diagnostico predial con los usos de suelo que tiene cada predio afectado acorde con POT, PBT, E.O. T., (vigentes)*
- *entregados por la entidad competente "Planeación municipal".*
- *Es importante contar con la información preliminar de los números de matrículas inmobiliarias, para poder realizar el diagnóstico jurídico y base de datos.*

Concepto hidráulico del 14 de marzo de 2022:

- *Dentro de la información presentada no adjunta el informe técnico del primer producto que es necesario para verificar los parámetros de diseño.*
- *En el anexo 36 modelo de diagnóstico de alcantarillado sanitario y pluvial los archivos presentados se encuentran en formato STSW, se reitera la observación de presentar los modelos en un software público.*

- *No se anexan los planos de diagnóstico, para poder verificar los datos presentados en el archivo Excel "caudales sanitario y pluvial".*
- *Verificar el cardal de infiltración, se reitera que este debe tomarse con el área de la vía de acuerdo con lo exigido en la resolución 799 del 2021*
- *Se requiere especificar en el archivo Excel "caudales sanitario y pluvial" las áreas que se tomó para el cálculo de infiltración y conexiones erradas*
- *No se anexa el prediseño de las alternativas para el sistema de alcantarillado*
- *sanitario y pluvial.*
- *No se presentan las modelaciones del diagnostico*
- *Si el sistema tiene tramos combinados presentar la respectiva modelación*
- *En el archivo Excel "caudales sanitario y pluvial" revisar el tiempo concentración teniendo en cuenta tos parámetros establecidos en la resolución 0330 de 2017.*
- *Verificar el periodo de retorno teniendo en cuenta las características del área de drenaje.*
- *Se reitera que las curvas IDF no corresponden al informe de hidrología, se deberá verificar todo el diagnóstico.*
- *Verificar las unidades de la fuerza cortante.*
- *Para el sistema de acueducto se relacionan modelos en formato WTG, se le reitera presentar las modelaciones en software públicos.*
- *No se anexo el diagnóstico de la bocatoma, desarenador, línea de aducción (formato en Excel).*

(…)

DECIMO TERCERO 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 de siquiera el primer producto, situación que hoy se torna imposible de superar toda vez que el contrato finalizó el día 14 de marzo de 2022.

Se puede evidenciar que a la consultoría CONSORCIO ESTUDIOS D&P se le otorgó tiempo adicional de once (11) meses y una adición presupuestal de CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y UNO MIL TRECIENTOS PESOS M/CT $53.871.300, para un total de diecisiete (17) meses y un valor total de CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHENTA PESOS M/CT $424.868.080 para el desarrollo del

Calle 24 #51-40 Bogotá D.C.
Capital Tower-Pisos 7,10 y 11
Código Postal: 111321 – Tel: 7954480
Empresas Públicas de Cundinamarca
@EPC_SA
www.www.epc.com.co

contrato; adicionalmente se suscribieron siete (7) suspensiones, todas ellas con el objeto de superar los imprevistos y dificultades presentadas durante el desarrollo contractual.

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 Villapinzón para lograr el cumplimiento y aprobaciones de los entregables que hacen parte de cada uno de los productos del contrato.

VII. TASACIÓN DEL PERJUICIO

De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta que el contratista no radicó los productos de forma integral y de acuerdo a (sic.) lo establecido en la cláusula antes transcrita, entendiendo que los productos deben revisarse y aprobarse de manera completa (y no por partes), Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., no pudo reconocer suma alguna al Consultor ni aprobar de forma integral ningún producto. 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.

Una vez determinado el posible incumplimientos por parte del consultor, los cuales, (sic.) concretan un daño consistente en la no obtención de los productos 1, 2, 3 y la presentación del proyecto ante el mecanismo de viabilizacion, la tasación de perjuicios corresponderá al presupuesto que la entidad tendrá como insumo para la etapa de planeación del futuro proceso de contratación.

A continuación, se presentará la estimación razonada del valor a reparar por parte del hoy consultor y su garante, indicando de manera discriminada cada uno de los conceptos que se tendrán en cuenta en la planeación de la futura contratación al no haber sido entregados por parte del contratista:

(…)

Como se desprende del presupuesto arriba presentado, el valor a cancelar por concepto de perjuicios (de ser procedente) es de QUINIENTOS UN MILLONES VEINTE MIL CUARENTA PESOS M/CTE ($501.020.040). (…)"

SEGUNDO: A través de comunicación electrónica del 7 de abril de 2022, la Dirección de Gestión Contractual, solicitó a la Dirección Operativa y de Proyectos Especiales, la aclaración del acápite 6 "posibles consecuencias" de la solicitud de posible incumplimiento, a fin de que indicase el porcentaje correspondiente que se cobrará por concepto de clausula penal; y en caso de existir perjuicios adicionales, las variables consideradas para su cuantificación.

TERCERO: Mediante documento de fecha 04 de abril de 2022, radicado ante la Dirección de Gestión Contractual el 7 de abril de 2022, la Directora Operativa y de Proyectos Especiales, atendió al requerimiento formulado, indicando que conforme a lo dispuesto en la cláusula Decima Sexta del contrato EPC-PDA-C-346-2018 realizó el cálculo de los perjuicios (causados a través del presunto incumplimiento), con fundamento en los siguientes aspectos:

> *"(…)*
>
> *• Se determinó el número de los profesionales requeridos para la realización de los ajustes no presentados por la consultoría (y previstos desde la etapa de previa a la contratación).*
> *• 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*
> *• Los honorarios se establecieron teniendo en cuenta lo dispuesto en la Resolución 043 de 2013 "Por la cual se establece topes máximos para salarios y demás para presupuesto de los contratos de consultoría", su aplicabilidad se establece en adjudicar el valor actualizado a la vigencia 2021 y señalado en la resolución para cada profesional en la columna denominada Sueldo Básico Mensual (Tarifa).*
> *• 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.*
>
> *Una vez determinados los posibles incumplimientos por parte del consultor los cuales, concretan un daño consistente en la no obtención de los productos 1,2, 3 y la presentación del proyecto ante el mecanismo de viabilización, la tasación de perjuicios correspondió al presupuesto que la entidad tendrá como insumo para la etapa de planeación del futuro proceso de contratación (…)"*

CUARTO: Con base en lo anterior, el Director de Gestión Contractual, aperturó formalmente el proceso administrativo sancionatorio, mediante documento de

citación de fecha 20 de abril 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 25 de abril 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 2 de mayo de 2022 a partir de las 2:30 p.m. En esta audiencia, contratista y garante presentaron los respectivos descargos e hicieron las respectivas solicitudes probatorias, teniendo como principales argumentos de la defensa los siguientes.

DESCARGOS PRESENTADOS POR LA FIRMA CONTRATISTA

A. Falta de Claridad en el alcance del objeto contractual, plazo estimado de ejecución y presupuesto oficial asignado eran insuficientes.

Refiere el contratista que el primer producto del contrato de consultoría, no pudo ser entregado en las condiciones de oportunidad y calidad señalados en el acuerdo de voluntades, en atención a que no se tenía claridad respecto del alcance del objeto, todo lo cual quedó consignado en las actas de suspensión y prorroga obrantes en el expediente. Sobre el particular refirió:

"Si nosotros vemos toda la trayectoria contractual, tenemos un contrato con fecha de inicio de diciembre 2018, han pasado más de 3 años y hasta hace muy poco, tuvimos claridad referente al alcance en áreas y, aquí voy a hacer énfasis en esto, si no teníamos el alcance claro en áreas no podíamos terminar la satisfacción, o de manera integral el avance en topografía y, si no tenemos la topografía no podíamos avanzar en ninguno de los otros productos. Entonces a partir de eso se empezaron a motivar varias solicitudes de prórroga (…)"

(…) cuando estábamos haciendo el levantamiento de las áreas en topografía, nos encontramos con que el contrato inicial no había contemplado unas áreas que eran importantes, como habían definido las áreas de servicio, en el mecanismo de estructuración de Empresas Públicas de Cundinamarca, no habían contemplado todas las áreas de servicio que requería el municipio de Villapinzón (…)

Una vez se solicitó esa adición de las áreas por parte del municipio, entramos a una serie de mesas de trabajo, en las cuales logramos determinar de manera conjunta, entre la consultoría la interventoría y el municipio, cuáles eran las áreas con mayor urgencia de ser atendidas (…) la solicitud completa se radicó (…) el 26 de agosto de 2019, bajo radicado número

201907425, en la cual solicitamos la adición de 20 km especificando exactamente, cuáles eran las áreas a atender. (…)

En ese punto nosotros teníamos el producto de acueducto bastante adelantado, ya se había levantado toda la topografía, ya se había hecho el avance en los respectivos informes, ya se había hecho casi todo el componente de acueducto. No se pudo continuar con el componente de alcantarillado porque no nos habían realizado la aprobación a la solicitud de adición que habíamos hecho, la solicitud de adición viene a ser generada por la entidad más o menos aceptada para el 30 de diciembre de 2019, tiempo en el cual el contrato estuvo suspendido, desde el 26 de agosto de 2019 hasta el 30 de diciembre de 2019, tiempo en el cual la consultoría no pudo generar ningún avance, aunque solicitó, tanto a Gestión Contractual en su momento, como a la Dirección Operativa y de Proyectos Especiales, que se realizará una modificación nuevamente en la forma de pago, analizando únicamente el componente de acueducto, con el fin que la consultoría pudiera recoger un poco los recursos que ya había invertido en topografía, profesionales y pues demás gastos que incurren la consultoría a realizar estos estudios. (…)

Se nos otorga la prórroga el 30 de diciembre de 2019 a 5 meses y terminaría el 31 de mayo del 2020 ¿qué pasó este tiempo? Iniciamos nuestro levantamiento de topografía, pero también inicia una nueva administración en el municipio de Villapinzón. Nosotros hicimos nuestro levantamiento de topografía teniendo en cuenta las áreas solicitadas por la anterior administración local, cuando estamos haciendo nuestro levantamiento topográfico, también empieza el tema de la pandemia, nosotros hicimos una parte del levantamiento topográfico antes de la pandemia, cuando empezó la pandemia, la nueva administración municipal más o menos en los meses de mayo, junio, y julio, más o menos esos 3 meses, se contacta con nosotros y nos pide que socialicemos las nuevas áreas de adición, porque ellos no quieren esas áreas, quieren unas nuevas áreas; aún nosotros habiendo levantado ya una gran parte de las áreas que habían sido aprobadas inicialmente, aun así nosotros, con la intención de colaborar y sabiendo que estos municipios requieren que cuanto antes se les solucionen sus problemas de saneamiento básico, ¿qué hicimos? atendimos sus reuniones, les planteamos las áreas que teníamos, nos mostraron las áreas nuevas que ellos querían, llegamos a conciliar el tema y logramos determinar unas nuevas áreas que a ellos les convenía y que, eran como más óptimas para las necesidades básicas del municipio.

(…)teniendo un avance en las áreas y teniendo clara las áreas de alcantarillado, y teniendo claro que el acueducto no se iba a mover,

Calle 24 #51-40 Bogotá D.C.
Capital Tower-Pisos 7,10 y 11
Código Postal: 111321 – Tel: 7954480
Empresas Públicas de Cundinamarca
@EPC_SA
www.www.epc.com.co

empieza una revisión completa del producto, tanto de acueducto como de alcantarillado, entonces empiezan a revisarnos acueducto, que lo teníamos listo desde agosto del 2019, nos lo empiezan a revisar hasta agosto o casi septiembre del 2020, y lo empiezan a revisar y empiezan a determinar que la hidrología no nos cumple, la proyección está mal, la cosas que ya habíamos conciliado en un momento, nos empiezan a decir que no estaban ajustados y las empezamos a ajustar con diferentes mesas de trabajo. ¿Qué se determinó en esas mesas de trabajo? que la fuente inicial de la quebrada Quincha no cumplía al año horizonte del proyecto, entonces tocaba hacer, o conseguir una nueva fuente, o hacer un reservorio, o hacer 1000 cosas para que pudiéramos llevar agua a la población de Villapinzón.

En ese momento la consultoría, junto con la supervisión del contrato, (…) ingeniero José Girón, nos concentramos en la solución de elaborar un reservorio cerca de la quebrada Quincha, con el fin de captar el agua suficiente para que surtiera el agua que hace falta para el municipio. (…)

(…) Una vez iniciamos esas labores de consultoría, teníamos que subsanar realmente lo que nos faltaba, que era un tiempo vital para conseguir un predio que necesitaba el municipio de Villapinzón, para que pudiéramos construir el reservorio, o cualquier otra estructura que permitiera la captación de agua para poder dar agua al municipio en los tiempos de estiaje. (…)

Una vez solucionamos el tema de no hacer reservorio, (...) decidimos revisar técnicamente una nueva opción, que era disminuir, presentar el proyecto con un año horizonte menor a los 25 años, (…) la fuente hídrica nos cumple hasta el año 2032, hasta ese año el proyecto va a ser diseñado, y del 2032 el municipio tendrá que hacer un nuevo proyecto, o tendrá el tiempo suficiente para gestionar una concesión del río Bogotá, o para buscar el predio perfecto para la instalación y elaboración del reservorio. Entonces es así como en ese punto, con quien nos estaba revisando el proyecto nos pusimos de acuerdo, la interventoría, consultoría y municipio, en que solamente íbamos a brindar una solución hasta el año 2032, para darle viabilidad al proyecto y para poder continuar ejecutando, porque estuvimos alrededor de unos 7 meses en suspensiones sustentadas únicamente en que el municipio no había podido avanzar en los trámites prediales.

(…)

es por esto que el producto número uno finalmente no fue aprobado y al día de hoy, luego de haberse vencido el contrato, teníamos varios elementos ya subsanados, como bien lo mencionan en el numeral décimo segundo en nuestro interés (…) entonces tenemos un contrato en el que según los entregables del proyecto, es imposible avanzar en entregas si no tenemos el alcance claro, ya que si no tenemos el alcance claro es imposible hacer entrega completa y debilidad forma del producto topografía, y sin el producto de topografía, pues no tenemos un soporte técnico a nivel de alternativas hidráulica y demás.

(…) evidenciando gráficamente todas esas mayores áreas que tenemos, pues una longitud de levantamiento de 32.16 km, es apenas perceptible gráficamente los retrocesos a los que fuimos inmersos dentro de satisfacer las necesidades de la misma comunidad. Pero acá también voy a hacer referencia a otra parte importante dentro del marco de la planeación, es importante también hacer mención al principio de planeación, porque si dentro del alcance inicial se hubieran identificado estas mayores áreas, pues seguramente no hubiéramos estado inmersos en unos reprocesos, mayores tiempos de permanencia y presuntamente, muy posiblemente que hubiéramos agotado esta etapa que mucho antes de vernos inmersos situación. (…)

En sentido similar refiere el contratista que desde el mes de enero de 2019, solicitó a la Dirección Operativa Y de Proyectos Especiales, con el radicado es 201900402, (enviado con copia al ingeniero Christian Forero, otrora supervisor de apoyo a la interventoría del contrato) la "*adición y prórroga al contrato, porque desde la visita que hicimos número uno a Villapinzón, pudimos identificar que el contrato no contaba con el tiempo suficiente para su ejecución y, lo dejamos plasmado en un oficio del cual nunca recibimos respuesta por parte de la Dirección de Operación y Proyectos Especiales, pero siempre dejamos manifestado que el contrato no contaba con el tiempo suficiente para su ejecución, ni tampoco contaba con los recursos suficientes para su ejecución.*

B. Cumplimiento de las obligaciones contractuales y cambios de supervisor

Refiere el contratista que durante el plazo de ejecución contractual, la consultoría presentó algunos de los entregables previstos en el acuerdo de voluntades para la revisión y aprobación por parte de la Dirección de Operaciones y Proyectos Especiales de E.P.C.; sin embargo, debido a la frecuencia con la que fueron reemplazados los profesionales encargados de las actividades de verificación y validación al interior de la Entidad, variaban los criterios de análisis de la información, todo lo cual trajo consigo un número

importante de atrasos y reprocesos en la entrega de la misma. Al respecto señaló:

Al día de hoy (…), hemos tenido 3 supervisores distintos dentro de la revisión de la documentación y esto también genera los respectivos retrocesos dentro de la aprobación, entonces dentro del marco los entregables, el informe de recopilación de información diagnóstico del estado actual de los servicios de acueducto, el diagnóstico para la zona actualización de catastro de redes de conducción caudales para el horizonte del proyecto, informe de oferta y demanda del proyecto, el horizonte de diseño, incluyendo informe de actividad del proyecto para aprobación de interventoría, tenemos 3 fechas de entrega de este producto, la primera fecha el 21/06/2019, una segunda fecha el 18/10/2019, una tercera entrega el 31/08/2020, este proyecto se aprueba a manera de observación, se aprueba la proyección de la población.

Un segundo producto es el estudio hidrológico de las posibles fuentes de captación, donde tenemos 2 entregas, una el 27/07/2019 y posterior, otra el 03/10/2021 y entendemos que este este producto es aprobado, tenemos otro producto que es el estudio de calidad de tratabilidad de agua, se entregó el 27 de julio del 2019 y entendemos es aprobado, tenemos otros productos que son el informe de estudio de alternativas de solución y factibilidad integral del proyecto, que fue entregado al 31/08/2021.

Tenemos el informe de identificación predial, que incluye fichas prediales, tenemos una primera entrega el 03/10/2021, una segunda entrega el 28/12/2021, y tenemos otros 2 productos, el número 6, informe del levantamiento topográfico del área afectada, tenemos 3 entregas de este producto el 19/06/2019, el 23/08/2019 y el 03/10/1021 y entendemos que se aprueba este para diagnóstico,

Y finalmente tenemos un informe de modelación hidráulica e hidrológica de los sistemas de alcantarillado, que tiene por parte de nuestra, cuatro entregas, una el 13/08/2020, otra el 28/12/2021, otra que 25 de febrero y otra el 14/02/2022

(…)

A lo que tiene que ver con diagnóstico y tratamiento de alternativas, eso se entregó el 28/12/2021 porque lo habíamos entregado primero el 22/12/2021, pero se venció el link y lo volvimos a entregar el 28/12/2021, todo eso bajo la dirección del líder de interventoría que teníamos en ese momento, en ese momento se nos había asignado al ingeniero Fernando Ibáñez. Cuando la

entidad lo recibe, él lo empieza a revisar. Nuevamente en febrero, las primeras semanas de febrero, se nos asigna a la ingeniera Johana Gómez, como nueva en apoyo a la supervisión y el ingeniero y José Girón como líder de la de la interventoría, lo que conllevó a un reproceso nuevamente porque lo que nos pidió por corregir el ingeniero Fernando Ibáñez en su momento, era completamente diferente a lo que nos pedía presentar el ingeniero José Girón, en la nueva revisión.
(…)

C. *Algunos entregables señalados como incumplidos no están previstos dentro del contrato.*

Señala el contratista que "dentro de la citación de presunto incumplimiento se citan 2 entregables, que es el informe de estudio patológico y de vulnerabilidad estructural y el informe de exploración geotécnica y estudios de suelos, que no están dentro del alcance del contrato" estos es *"que no están contratados y no hacen parte del presupuesto del cual se hizo lectura por parte de la entidad"* todo lo cual justifica su falta de entrega por parte de la consultoría. Sobre el particular refirió:

(…) es importante que miremos y que constatemos lo que comprende el primer producto diagnóstico, planteamiento y selección de alternativas, como lo plantea el documento de posible incumplimiento, con lo que nos refleja el contrato, el contrato nos (…) refleja unos entregables que no están dentro del primer producto, en el primer producto, nos dice según el documento de posible incumplimiento enviado por la dirección de Gestión Contractual: informe de recopilación de información y diagnóstico del estado actual del servicio de acueducto, el informe debe contener el análisis de diagnóstico de actualización del catastro de redes, bueno, ahí total lo describe, nos vamos al contrato, dice: informe de recopilación de información y diagnóstico del estado actual del servicio de acueducto y alcantarillado, el informe debe contener el análisis y diagnóstico de la infraestructura existente, plan maestro de acueducto y alcantarillado, además debe contener el análisis y diagnóstico del DOT y del EOT. (…) Este entregable es el mismo entregable que hizo la consultoría, fue radicado por la consultoría, no aprobado porque faltaban unas observaciones que nosotros radicamos, y pues digamos no fueron del todo subsanadas, al parecer con lo presentado por el líder técnico del contrato, por eso la importancia que hubiéramos tenido esas mesas de trabajo que se nos fueron negadas.

Nuevamente en el informe enviado por presunto incumplimiento, dice: informe de estudio hidrológico de las posibles fuentes de captación, para

los sitios de captación del proyecto, realizado por la consultoría y aprobado, ese mismo entregable aparece en el contrato; Informe de estudio de calidad y tratabilidad del agua, radicado y aprobado; informe de estabilidad de Agua, también aparece en el contrato: informe de estudio de alternativas de solución y factibilidad entrega integral del proyecto, también está en el contrato; Informe de estudio de alternativas de solución y factibilidad de grandes proyectos, también fue radicado por la consultoría y no aprobado, teniendo en cuenta que faltaban algunas observaciones por subsanar; Informe de identificación predial incluye fichas prediales; informe de identificación predial también nos sale en el contrato; informe de levantamiento topográfico del área afectada por el proyecto, radicado por la consultoría y aprobado parcialmente, porque teníamos concepto aprobado para diagnóstico, acá hay una inconsistencia porque nos dice; informe de estudio patológico y de vulnerabilidad estructural, ese informe de estudio patológico y de vulnerabilidad estructural, no está contemplado como parte del entregable número uno del contrato, entonces no debe ser tenido en cuenta acá como parte del primer producto; El informe de exploración geotécnica y de estudio de suelos tampoco está contemplado en el contrato, como entregable del producto número uno, por eso tampoco debe ser contemplado acá; el informe de hidrológica de los sistemas de acueducto y alcantarillado se entregó como parte del producto número uno como consta en el contrato; informe que retención hidráulica de los componentes existentes del sistema de acueducto, entonces bueno es importante hacer claridad que aquí hay una inconsistencia también en lo que se presenta, porque pues da la sensación que la consultoría no los presentó no los radicó ni siquiera, no fueron radicados porque no eran parte del producto número uno, como se había constatado varias veces al inicio del proyecto (…)"

D. *Cambio de marco normativo durante la ejecución contractual que afecta el cumplimiento del objeto:*

Argumenta el consultor que, durante el plazo de ejecución contractual, se presentó un cambio normativo en la reglamentación de los requisitos técnicos para los proyectos de agua y saneamiento básico. En tal sentido refiere que el Gobierno Nacional expidió la Resolución No. 0799 del 9 de diciembre de 2021, por la cual se modifica la Resolución 0330 de 2017, todo lo cual implicó el ajuste de algunos productos que ya habían sido elaborados, particularmente el componente de alcantarillado. Al respecto indicó:

"A partir de las mesas de trabajo de febrero del 2022 iniciamos una nueva revisión del proyecto, es como si iniciáramos de cero nuevamente, fuera de eso nos tenemos que enfrentar ante la resolución 0799, que implica un cambio sustancial en la concepción y el diseño de las alternativas, básicamente para el componente de alcantarillado, la resolución 0799 nos obliga a revisar nuevamente los caudales de infiltración, lo cual implica un rediseño en lo se había y hecho y lo que se venía trabajando bajo la resolución 0330, por eso en las mesas de trabajo en febrero, cuando nos dicen que toca cambiar el caudal de infiltración y toca revisarlo, o sea no es solamente un número no solamente es revisar un número y que ya quedamos así.

(…)la resolución número 0799 del 09/12/2021, (…) en su último artículo, vigencia, dice: La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y se modifica en lo pertinente a los artículos, cita varios artículos que y en las disposiciones que sean contrarias, y se eliminan artículos de la resolución 0330 del 2017, y en ese sentido esto implica que nosotros como consultores, nos vemos sometidos a que implementar lo que fue modificado y lo que se puede traducir, en que estamos ante un hecho el príncipe y sobre este hecho de príncipe pues, hay varios documentos que varios fallos del Consejo de Estado.

Me permito mencionar sólo a la lectura uno, está el fallo 11199 el del 99, está el fallo el 12311 del 99, está el fallo 215 del 88 del 2002, está el fallo 14537 del 2003, está el fallo 21990 del 2012, está el fallo 690 del 2019, y en especial voy a citar lo que hace referencia al fallo 12311 del 99 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde menciona que el hecho del Príncipe es una decisión del soberano tomada de manera general, que afecta a la economía del contrato.

Esta decisión del soberano, porque es una manifestación de voluntad del Estado que se impone irresistiblemente y en general, porque afecta a un grupo de actividades, más o menos general. Pueden marcar de cualquier órgano de poder, incluido el contratante, debe ser el ejercicio de la potestad estatal asignada al ente que la propone afectar el contrato modificado, directa o indirectamente en su economía ser general y extraordinaria, de un modo tal, que el que lo graba socialmente.

(…)"

E. Omisión de la entidad de adelantar previamente un proceso de incumplimiento para la imposición de multas.

Acota el contratista, refiriéndose a los principios de eficacia, economía y planeación que regulan la actividad contractual del estado, que la Entidad tuvo una conducta omisiva durante la ejecución del contrato, en la medida en que no adelantó previamente un proceso por presunto incumplimiento parcial del mismo, propendiendo por la imposición de multas; sino que aguardó al vencimiento del plazo de ejecución para iniciar el presente proceso por incumplimiento definitivo del acuerdo de voluntades, todo lo cual va en detrimento de los intereses del consultor. Así señaló que:

> *"(…)Algunos principios contenidos dentro del estatuto de contratación y que los mismos están contenidos también dentro de la misma constitución y, uno de ellos es el principio de eficacia, entendida la eficacia ésta se puede ver en dos puntos de vista por una parte se considera como que el contrato estatal es eficaz, cuando él mismo cumple los propósitos públicos es decir de su objetivo apunta a garantizar el suministro de bienes y servicios que realmente requiera el estado en el desarrollo del estado social de derecho. Por lo tanto, el contrato estatal debe estar asociado de una manera objetivo y de estrategia y un plan de desarrollo cuando se trata de la ejecución de proyectos de inversión pública.*
>
> *También el principio de economía se encuentra desarrollado en el artículo 25 de la ley 80 y dentro de sus normas más importantes que se encuentra el utilizar los procedimientos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines estatales por lo tanto si la ley regula los procedimientos que procedimiento especial bajo determinados supuestos, es una indicación de la entidad estatal considerar dicho procedimiento especial, pues no necesariamente sólo con la licitación pública se puede garantizar el principio.*
>
> *¿A qué voy con esto? ligado a los tiempos que hemos estado perdiendo. También aplica el principio economía y el principio de eficacia a buscar los medios por parte de la entidad, como bien se anunció para dar una respuesta rápida que permita perseguir los fines de la contratación y si bien, esta audiencia está dentro del marco del artículo 86, pues en ese sentido me pregunto, por parte de la supervisión que motivó este documento ¿por qué no se consideró con anterioridad motivar una presunta solicitud incumplimiento*

Calle 24 #51-40 Bogotá D.C.
Capital Tower-Pisos 7,10 y 11
Código Postal: 111321 – Tel: 7954480
Empresas Públicas de Cundinamarca
@EPC_SA
www.www.epc.com.co

enfocada a la multas? y ¿ por qué esperar hasta esta última instancia en la que se pretende la caducidad del contrato? el contrato está vencido y pues finalmente nos vemos dentro de este procedimiento y lo cual puede derivar las controversias contractuales para ambas partes.

Entonces quiero dejar de presente dentro de estos principios de en eficacia y economía, pues que también hay que buscar acciones las cuales están enfocadas a lograr los fines de la contratación y si bien, como lo dicen en el informe, hubo fallas por parte del consultor, ¿por qué éstas no se motivaron antes y por qué se esperó hasta esta última etapa ante una presunta caducidad del contrato? (…)

Con continuidad también a lo que exponía referente al principio de planeación, pues también voy a hacer referencia a lo que dispone la ley 1474 en su artículo 84, las facultades y deberes de los supervisores y de los interventores y esto, en congruencia con lo expuesto anteriormente y también, lo que pretende esta ley en el momento que pone como un mecanismo la imposición, la posible imposición de multas, no necesariamente en la aplicación de la cláusula penal por el presunto caducidad del contrato, sino que también, las acciones referentes a prevenir que los mismos contratos caduquen, porque finalmente, caducados los contratos independientemente del daño o el perjuicio que se genere a los consorciados en este caso y al consorcio mismo, pues acá se generó un perjuicio enorme a la comunidad, y una de las situaciones que más tardaron tiempo, fue definir estas mayores áreas. (…)

F. Circunstancias externas ajenas a la voluntad de las partes que impidieron la oportuna ejecución contractual.

Finalmente trae a acotación el consultor, algunas circunstancias ocurridas durante el desarrollo del objeto del contrato, que, siendo ajenas a la voluntad de las partes, presuntamente impidieron el normal desarrollo del objeto contractual y que pueden resumirse así:

- *(…) el día 30 de julio como se establece en el numeral cuarto, radicamos el producto completo número uno, el cual no pudo ser revisado, una vez que la consultoría cuando obviamente se acoge a toda la regla que implicó la pandemia, nosotros estamos con trabajo en casa, nosotros contratamos servicio de un servidor en la nube, el cual fue violentado y el cual hizo que se perdiera mucha información de la que nosotros teníamos ahí, y nosotros pudimos*

Calle 24 #51-40 Bogotá D.C.
Capital Tower-Pisos 7,10 y 11
Código Postal: 111321 – Tel: 7954480
Empresas Públicas de Cundinamarca
@EPC_SA
www.www.epc.com.co

demostrar eso y se socializó con la Dirección de Operaciones y Proyectos Especiales y por eso se concede una suspensión de 60 días, para que pudiéramos rehacer mucha información de la que ya habíamos presentado el 30 de julio.

- *(…) muchos de los tiempos o mucho de la dilación en el cumplimiento de la entrega de los productos de la consultoría, no ha sido por la ejecución misma de la consultoría, sino que ha sido por factores externos, información no suministrada por el municipio, temas que tienen que ver con la solución de las alternativas, que tienen que ver con temas administrativos básicamente.*

- *(…) Pero entonces, también tenemos un hecho importante sobreviniente, ajeno a todos los actores y, es que dentro del desarrollo contractual, la trazabilidad de la misma y el resumen de cada una de las actuaciones, pues se motivó posteriormente la prórroga número 2, cuyo motivo de la prórroga, fue mediante el oficio del 21/06/2021, la consultoría solicita una prórroga del contrato por 6 meses, argumentando que dentro de la ejecución contractual, se han venido presentando imprevistos que han interrumpido el desarrollo normal de las actividades y que han afectado a la presentación y aprobación final de los componentes que hacen parte del producto número uno diagnóstico y análisis de alternativas y el producto número 2 diseño detalle, así como los documentos requisito, para el proceso de viabilización del proyecto.*

  Esos imprevistos han sido verificados por la interventoría de pre-inversión, de la Dirección Operativa y de Proyectos Especiales de la Empresa de Servicios Públicos de Cundinamarca y, justifican la procedencia de la prórroga por un término de 6 meses para la terminación a satisfacción del proyecto. Eso nos da, que la nueva fecha de terminación del proyecto según esa prórroga es el día que 13/01/2022.

DESCARGOS PRESENTADOS POR LA FIRMA GARANTE – ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA

A. Inexistencia de la obligación a cargo de la compañía aseguradora

"(…) Se puede evidenciar que, conforme a los descargos presentados por los contratistas, se puede evidenciar una inexistencia de la obligación a

cargo de la compañía aseguradora, por cuanto no se ha probado el riesgo asegurado.

Es fundamental que el despacho tome en consideración que en el ámbito es la libertad contractual que le asiste a las partes en el contrato, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que está explícita en el en el artículo 1057 del Código de Comercio, puede asumir todos o algunos de los riesgos que están expuestos en el interés asegurado, en otras palabras, las compañías aseguradoras tienen esa libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en ese sentido, sólo se ven obligados al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual.

De acuerdo con lo dicho por los contratistas, se puede evidenciar que hay unas dilaciones que no son atribuibles a ellos, que inclusive tienen que ver con personas externas, con administraciones que han pasado y que han permeado en ese desarrollo del contrato, entonces es menester indicar que de acuerdo con este artículo 1056, se hizo un traslado de unos riesgos, los cuales hasta el momento no se han configurado teniendo en cuenta lo esbozados por ellos. Entonces resulta evidente la improcedencia jurídica y fáctica de declarar la existencia de ese incumplimiento contractual (…)".

B. Conducta Dolosa o Gravemente Culposa del contratista en la ejecución del contrato comporta un riesgo no asegurable.

"(…) En caso que el despacho acredite una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los contratistas, es menester indicar que el dolo comporta un riesgo que no es asegurable, en ese sentido, es de suma importancia tener en cuenta el artículo 1055 del Código de Comercio, que contiene una disposición de ineficacia en el marco de las reglamentaciones que rodean a los contratos de seguro, esta normatividad establece expresamente que las actuaciones dolosas o gravemente culposas, se comportan riesgo inasegurables, por lo que cualquier pacto en contrario sería ineficaz de pleno derecho.

En ese orden de ideas, en el evento que el despacho considere que quienes celebraron y ejecutaron el contrato EPC-PDA-C-346-2018, se enmarca dentro de la culpa grave o el dolo, pues es claro que no se podrá hacer efectiva esa póliza que tiene el número 3804799400090493, por cuanto dichos riesgos no son asegurables (…)".

C. Límite del valor asegurado de la garantía

"(…) Por otro lado, en caso que el despacho contemple que se incumplió contrato y que no hay una conducta dolosa o gravemente culposa, pues es menester indicar que hay un límite en el valor asegurado que la poliza número 380-47-994000090493, con la que vincularon a la compañía que represento, que presta amparo siempre y cuando se cumplan las condiciones particulares y generales, y hay un valor máximo en ella, el cual es de $127,460,000 y es frente a ese amparo incumplimiento. Entonces de ninguna manera se podría obtener una indemnización superior a esa cuantía, en la proporción de dicha pérdida, que la indicará el despacho (…)".

QUINTO: 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 22 de mayo de 2022 a partir de las 2:30 pm), a decidir lo pertinente frente a las solicitudes probatorias, así:

1. Frente a la petición de tenerse como prueba el proyecto de prórroga de la suspensión de fecha 28 de diciembre de 2021.

Teniendo en cuenta la solicitud de parte del contratista, en el sentido de tener como prueba proyecto de prórroga de suspensión fechada 21 de diciembre de 2021, la cual como se pudo observar en la audiencia debidamente grabada, no cuenta con la suscripción de la parte, **SE RECHAZA DE PLANO** por no ser útil en el sentido de no conllevar o mejor NO contener fuerza vinculante entre las partes y por tal razón no probar la voluntad de ninguna de ellas, que pueda soportar el debate en la presente actuación administrativa.

2. Frente a la petición de tenerse como prueba la solicitud presentada por el contratista y que soporta la prórroga dos del contrato.

El despacho se permite manifestar que, en virtud de las aseveraciones, en el sentido de manifestar la incongruencia entre lo señalado en el documento de citación como justificación para soportar la prórroga y lo verdaderamente aludido por el contratista, se encuentra por parte del Despacho totalmente conducente pertinente y útil, solicitar a la Dirección de Operaciones y Proyectos especiales, lo siguiente:

• Oficiar a la Dirección de Operaciones y Proyectos Especiales, se allegue en un término no mayor a tres (3) días hábiles la solicitud realizada por el contratista que soportó la suscripción de la prórroga No. 2 del contrato.

3. Frente a la solicitud de requerir informe actualizado en virtud de los argumentos presentados en la sesión de audiencia del 2 de mayo de 2022, a la Dirección de Operaciones y Proyectos Especiales, este Despacho considera pertinente y útil la ordenar la siguiente prueba:

• Ordenar a la Dirección de Operaciones y proyectos especiales se pronuncie punto a punto sobre los argumentos presentados en la audiencia de descargos de Fecha 2 de mayo de 2021, para lo cual se remitirá grabación de la sesión junto con acta de diligencia para que sea atendida de manera clara, allegando los documentos que soporten sus afirmaciones.

Es de aclarar, que si bien, el contratista manifestó en la sesión del 2 de mayo de 2022, allegar documentos que aportaría como prueba dentro del día hábil siguiente a la realización de dicha sesión, esto no se evidencio por parte del Despacho.

De igual manera, el DESPACHO encontró pertinente ordenar las siguientes PRUEBAS DE OFICIO por encontrar que las mismas cumplen con los principios de PERTINENCIA, CONDUCENCIA Y UTILIDAD, así:

1. Oficiar a la Dirección de Operaciones y Proyectos Especiales para que presente INFORME, el cual se regulará bajo los postulados de los artículos 275 A 277 DEL CGP, en el que, según los documentos que reposan en el expediente contractual, se informe de manera clara lo siguiente:

i) Las SUSPENSIONES, PRORROGAS, ADICIONES y en general MODIFICACIONES de las condiciones inicialmente contratadas impactaron la ejecución inicialmente programada, determinando número de las mismas, motivo, fechas de suscripción y nuevas fechas de terminación contractual, acompañando copia integral de las mismas.

ii) Fecha exacta de definición el alcance de diseño frente a las Áreas a impactar, allegando documento radicado por parte del municipio de Villapinzón en donde se informa lo mencionado.

iii) Señalar los productos impactados con la entrada en vigencia de la Resolución 799 del 9 de diciembre de 2021 "Por la cual se modifica la Resolución 0330 de 2017", de los estudios y diseños contratados bajo el contrato EPC-PDA-C-346 DE 2018.

iv) Señalar nombres de los apoyos a la supervisión designados en el marco de ejecución del contrato EPC-PDA-C-346-2018, con fechas de designación.

v) Señalar si las revisiones efectuadas a partir de la mesa de trabajo del 11 de febrero de 2022, según lo mencionado en numeral Séptimo de documento de citación, se realizaron en el marco de la Resolución 330 de 2017 o bajo los lineamientos de La resolución 799 del 9 de diciembre del 2021.

vi) Señalar y allegar documento en el que se encuentran incluidos los siguientes productos, como parte del entregable 1:

- Informe de estudio Patológico y de vulnerabilidad estructural
- Informe de exploración geotecnia y estudio de suelos

SEXTO: En respuesta a lo anterior, mediante dos (2) oficios de fecha 16 de junio de 2022 (radicados ante la Dirección de Gestión Contractual el día 21 de junio del mismo año), la Directora de Operaciones y Proyectos Especiales remite Pronunciamiento Técnico respecto a los descargos rendidos en audiencia de fecha 2 de mayo de 2022 y allega las pruebas documentales decretadas y solicitadas en la misma audiencia.

De dichos documentos e informe, se corrió traslado al contratista y la compañía aseguradora para que pudieran ejercer su derecho a la defensa y contradicción.

SEPTIMO: El día 15 de Julio de 2022 se reanudó la audiencia, en la que, contratista y compañía de seguros realizaron las respectivas solicitudes de aclaración, complementación o ajuste del informe suscrito por la Dirección de Operaciones y Proyectos Especiales de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P.

OCTAVO: En atención a las referidas solicitudes, la Dirección de Operaciones y Proyectos Especiales de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. mediante oficio de fecha 9 de agosto de 2023, radicado el día 12 de agosto del mismo año, presentó la respectiva complementación y aclaración del informe.

NOVENO: 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 veintitrés (23) de octubre 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)** ¿Incumplió el CONSORCIO D&P con Nit. 901.214.246-2 las obligaciones derivadas del contrato de Consultoría No. EPC-PDA-C-346 -2018?, **ii)** ¿Existieron situaciones irresistibles e imprevisibles, ajenas a la voluntad del Contratista que impidieron la ejecución del contrato?, **iii)** ¿Se encuentran previstos en el contrato todos los productos señalados por la interventoría como no entregados por parte del contratista?, **iv)** ¿Es pre requisito para adelantar un proceso sancionatorio por incumplimiento total y definitivo del contrato, haber agotado previamente un procedimiento por incumplimiento parcial?, y **v)** ¿ Procede como consecuencia de la eventual declaratoria de incumplimiento, la condena de perjuicios adicionales a los estimados en la cláusula penal?

Para resolver estos problemas jurídicos, la Entidad: i) abordará la teoría de la imprevisión en la ejecución de los contratos estatales, ii) estudiará la existencia de requisitos de procedibilidad para adelantar un proceso sancionatorio por incumplimiento definitivo, (iii) abordará la procedencia de la imposición de la cláusula penal y la tasación adicional de perjuicios, y finalmente iv) analizará la ejecución del contrato de cara a su objeto, alcance, obligaciones y modificaciones, para adoptar la decisión de fondo en el caso concreto.

- **Teoría de la imprevisión en la ejecución de los contratos estatales**

Sea lo primero advertir, que durante la ejecución de los negocios jurídicos pueden sobrevenir circunstancias que tienen la vocación de impactarlo desde varios ángulos, al punto de entorpecer su cumplimiento en la forma y términos convenidos en la época de su celebración e inclusive, hacerlo más oneroso.

La ocurrencia de dichas contingencias responde, en algunos casos, a situaciones atinentes a los áleas normales e inherentes de su ejecución, aspectos que de suyo las convierten en previsibles- sobre todo desde la perspectiva del contratista por considerarse el experto y conocedor de la materia- y, en otros tantos, llegan a exceder la órbita de la normalidad y trascienden al terreno de lo extraordinario y de lo imprevisible.

Así, es deber la Dirección de Gestión Contractual, recordar que el incumplimiento contractual determinado por la Fuerza Mayor, debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la Teoría de la Imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido y a partir de su ocurrencia se torna imposible continuar la ejecución correspondiente o culminarla, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión, el contratista cumple el objeto del contrato con dificultades, puesto que la ejecución se torna más gravosa, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.

En efecto, en presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones más gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado cuya satisfacción se vuelve imposible, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado que:

> *"El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.*
>
> *En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato.*
>
> *En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor.*
>
> *Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado.*

(…)

En tales condiciones, se tiene que la fuerza mayor justifica la inejecución del contrato y no determina indemnización o compensación alguna en beneficio de la parte contratante, la cual queda eximida de responsabilidad a pesar de haber incumplido el contrato; en tanto que la teoría de la imprevisión no justifica la inejecución del contrato, se aplica cuando el contrato se ha ejecutado con la alteración de su ecuación económica y da derecho a que el contratista obtenga el restablecimiento mediante la compensación correspondiente[1]*."*

Por su parte la doctrina ha señalado que:

"Si bien existe una evidente correlación entre 'imprevisión' y fuerza mayor', las diferencias entre ellas son fundamentales. Ambas figuras reposan sobre la misma noción básica: los acontecimientos que respectivamente las determinan deben ser ajenos o extraños a la voluntad de las partes. Además, tanto la 'fuerza mayor' como la 'imprevisión' deben responder a acontecimientos 'imprevisibles.' Tales son las semejanzas. Pero difieren fundamentalmente: a) en lo que respecta a la 'ejecución' del contrato. La fuerza mayor torna imposible tal ejecución; la imprevisión sólo la hace más onerosa. b) Mientras la fuerza mayor altera el equilibrio contractual de manera 'definitiva', 'la teoría de la imprevisión' sólo es aplicable cuando tal trastorno es 'temporario' o 'transitorio'."[2]

Gastón Jeze, por su parte refirió en su obra Principios generales del derecho administrativo que:

"La imprevisión supone circunstancias imprevistas y completamente imprevisibles, pero que no hacen totalmente imposible la ejecución de la obligación: dichas circunstancias entrañan únicamente una alteración en la economía del contrato. La imprevisión, así entendida, puede invocarse para reclamar un reajuste de los precios, de las condiciones financieras del contrato, pero no para justificar una modificación de los plazos de ejecución. Tiene por finalidad asegurar al contratante el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, a fin de mantener la continuidad del funcionamiento del servicio público; la teoría de la imprevisión se ha ideado para evitar las interrupciones en el funcionamiento del servicio público. (....) Toda imprevisión que no se concreta en un caso fortuito o de fuerza mayor, o en hecho de la administración que entraña una imposibilidad absoluta de

[1] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. 14781, C.P. Ricardo Hoyos Duque.
[2] *Marienhoff.* Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1970; t. III A, pág. 505.

cumplimiento en los plazos convenidos, no es causa justificativa del retardo".[3] *(Subrayado fuera de texto)*

Así las cosas, es imperioso concluir que la teoría de la imprevisión no es considerada por la doctrina y la jurisprudencia, como una causal eximente de responsabilidad contractual; pues al amparo de la misma, el contrato estatal debe ejecutarse inclusive en contravía de los intereses patrimoniales del contratista. Por su parte la fuerza mayor, entendida como el hecho ajeno a la voluntad de las partes contratantes, que tiene el carácter de imprevisible e irresistible, permite excusar al contratista del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, por lo que será bajo esta última esfera que la entidad, deberá realizar el estudio correspondiente para resolver algunos de los problemas jurídicos planteados.

- **Inexistencia de requisitos de procedibilidad, para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio por incumplimiento definitivo del contrato estatal.**

El debido proceso ha sido concebido en el ordenamiento jurídico colombiano, como una garantía para asegurar que las decisiones que se adopten en las actuaciones administrativas, judiciales o sancionatorias, se tomen dentro del marco legal que las contempla, por funcionarios competentes y con observancia de las respectivas formas, de tal suerte que se garantice el derecho de audiencia y de defensa de su destinatario.

Ahora bien, la jurisprudencia ha reconocido que el debido proceso se debe garantizar en todas las actuaciones administrativas, incluyendo las contractuales, sobre las que el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone que se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Es claro que, en el desarrollo y ejecución de su actividad contractual, las entidades estatales pueden proferir actos administrativos sancionatorios, que afectan la esfera jurídica de sus contratistas, razón por la cual también en este ámbito resulta procedente la protección de sus derechos fundamentales y se descarta la posibilidad de la imposición de sanciones de plano.

No obstante, la aplicación de estas prerrogativas debe ponderarse frente a los principios que comportan el ejercicio de la función administrativa, habida cuenta que entran en contraste principios como la eficiencia, la economía, la celeridad y la eficacia de la actuación administrativa, con la satisfacción del interés general,

[3] *Gastón Jeze.* Principios generales del derecho administrativo. Buenos Aires, Editorial de Palma, 1950; tomo IV, pág. 288.

mediante la obtención oportuna de los bienes, obras y servicios requeridos por las entidades estatales para el logro de sus fines.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de febrero de 2022, dentro del expediente 53318, precisó que en el ámbito contractual "*el derecho al debido proceso no se traduce en la necesidad de que los procedimientos administrativos contractuales sean iguales a los judiciales o aun a los administrativos que están reglados, en tanto los procedimientos administrativos contractuales deben estar a tono con la agilidad y eficiencia propia de la actividad que busca la garantía de la continua prestación de los servicios o bienes contratados en interés del público en general. Además, tales procedimientos se amoldan a los fines que se persiguen, por lo cual no son únicos ni rígidos, pues en el marco de los criterios y principios que gobiernan la noción de justicia administrativa, se adecuan a la realización de los fines de la función y cometido o tarea que con ella se realiza. En ese sentido, se señala que el respeto por el debido proceso se entiende garantizado cuando se adelanta un procedimiento que, como mínimo, agote un requerimiento previo para que el contratista y los demás interesados —incluyendo a la aseguradora— conozcan los fundamentos que darán lugar a la determinación administrativa que se pretenda adoptar y, de cara a ello, puedan ejercer su derecho de defensa y contradicción, para lo cual deben tener la posibilidad de pedir pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra*".

Es por lo anterior, que el legislador previó en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y el articulo 86 de la ley 1474 de 2011, que las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tienen la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones o declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. Ahora bien, no puede perderse de vista que las obligaciones de inspección, vigilancia y control, de los contratos administrativos por cuenta de la supervisión o interventoría, no se supeditan únicamente al inicio de procesos sancionatorios ante la ocurrencia de situaciones que alteren la normal ejecución del acuerdo de voluntades; sino que estos, también podrán ejercer otro tipo de actividades coercitivas tales como: la formulación de requerimientos, el establecimiento de compromisos en mesas de trabajo o la programación de reuniones de seguimiento, por mencionar algunas.

Nótese que el marco jurídico y jurisprudencial transcritos, permiten colegir que las entidades estatales a las que se les aplica la ley 80 de 1993 (y las normas que la modifiquen, complementen, supriman o desarrollen), para declarar el incumplimiento definitivo del contrato, no requieren previamente haber declarado su incumplimiento parcial; pues se trata de actuaciones independientes, con presupuestos y fines distintos. Así, mientras la declaratoria del incumplimiento

parcial para la imposición de multas, propende por instar al contratista moroso al cumplimiento de sus deberes contractuales dentro el plazo de ejecución convenido; la declaratoria de incumplimiento definitivo, tiene un fin resarcitorio o indemnizatorio, por cuenta del vencimiento del término previsto para su desarrollo y la imposibilidad de cumplir con el objeto contratado.

Se recuerda que conforme al artículo 1551 del Código Civil "*el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación*", lo cual significa que en las obligaciones a plazo (como en el contrato bajo examen) el cumplimiento está supeditado a la llegada de esa fecha, momento en el cual son exigibles las obligaciones que se contrajeron.

Sobre el particular la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo:

> *En el contrato estatal, la estipulación del término dentro del cual se debe construir la obra, prestar los servicios o entregar los suministros, resulta de singular importancia y relevancia jurídica(…) debido a la necesidad e interés público que se pretende satisfacer con él, razón por la cual, por regla general, se define un plazo fijo o determinado por la Administración en los pliegos de condiciones (art. 30.2 Ley 80 de 1993) o en los documentos de la contratación, que luego asume convencionalmente el contratista para ejecutar y cumplir sus prestaciones en tiempo oportuno.*
>
> *Dicho plazo, es un elemento del contrato que debe ser establecido de acuerdo con su modalidad o tipología, en función a la obtención de los bienes y servicios que se requieren en un tiempo normal, razonable y con sujeción a las condiciones que demande el objeto del contrato que los involucre. Por lo regular, en los contratos de tracto sucesivo (…) se establece un plazo general de ejecución del objeto del contrato y algunos plazos parciales para el cumplimiento de las obligaciones, que luego quedan reflejados en un programa de trabajo y un cronograma de actividades, instrumentos éstos que con posterioridad permiten a la entidad pública realizar la dirección, vigilancia y control del acatamiento de las prestaciones en los términos previstos y con la observancia de las especificaciones técnicas exigidas. En los contratos de ejecución instantánea ese plazo es único. (…)"*

- **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 (...)*"[4].

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 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."

---

[4] Consejo de Estado, Sentencia de 27 de enero de 2016, Radicación número: 76001233100020050237100 (49.847).

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."[5] [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 accesoria 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."
>
> (…)
>
> "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**

[5] Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011

apreciación que de éstos hacen las partes."[6] [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 irremediablemente condenada al fracaso.

[6] 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, obligaciones y modificaciones – 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-346 DE 2018, culminó su plazo de ejecución sin que el objeto fuera cumplido a cabalidad por parte del contratista.

Al respecto, obra en el expediente a folio 36 del cuaderno principal, el cronograma de actividades establecido por las partes con ocasión de la celebración de la prórroga No. 2, en virtud del cual, el contratista se obligó a cumplir con la entrega de los productos objeto del contrato en las siguientes oportunidades:

- ***Primero producto "Diagnostico, planteamiento y selección de alternativas"**, con entrega y aprobación para el 16 de agosto de 2021.*
- ***Segundo producto "Diseño de Detalle"** con entrega y aprobación para 8 de octubre de 2021*
- ***Tercer producto "Documentos para Viabilización"** con entrega y aprobación para 13 de octubre de 2021.*
- *Viabilidad del proyecto hasta el 13 de enero de 2022.*

En sentido similar a folios 1 a 92 se encuentra el Informe de interventoría de fecha 4 de abril 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***
PRIMER PRODUCTO "DIAGNÓSTICO, PLANTEAMIENTO Y SELECCIÓN DE ALTERNATIVAS"	*Informe de recopilación de información y diagnóstico del estado actual del servicio de acueducto. El informe debe contener el análisis y diagnóstico del EOT para la zona, actualización del catastro de redes de conducción, análisis de las zonas de posible parcelación en la zona, y la estimación de caudales para el horizonte de proyecto, informe de oferta y demanda proyectando el horizonte de diseño. Incluyendo informe de prefactibilidad del proyecto*	*Radicado*	*No aprobado*	*Presenta observaciones en la modelación hidráulicas del diagnóstico para el sistema de acueducto como alcantarillado (concepto del 14-03-2022)*

PRODUCTO	ACTIVIDAD	ENTREGA POR LA CONSULTORIA	ESTADO DE APROBACION	OBSERVACIONES
	para aprobación de la interventoría.			
	Informe de estudio hidrológico de las posibles fuentes de captación para el (los) sitio (s) de captación del proyecto.	*Radicado*	*Aprobado*	*Con Vobo de la interventoría*
	Informe de estudio de calidad y tratabilidad del agua	*Radicado*	*Aprobado*	*Con Vobo de la interventoría*
	Informe de estudio de alternativas de solución y factibilidad integral del proyecto.	*Radiado*	*No aprobado*	*No presenta los ajustes a las alternativas (concepto hidráulico 14-03-2022)*
	Informe de identificación predial (incluye fichas prediales)	*Radicado*	*No aprobado*	*Producto con observaciones (concepto predial del 9 marzo de 2022)*
	Informe de levantamiento topográfico del área afectada por el proyecto.	*Radicado*	*Aprobado parcialmente*	*Vobo para diagnóstico, requiere ajuste para diseño*
	Informe de estudio patológico y de vulnerabilidad estructural	*No radicado*	*No aprobado*	*No se presentó informe por parte de la consultoría*
	Informe de exploración geotécnica y estudios de suelos	*No radicado*	*No aprobado*	*No se presentó informe por parte de la consultoría*
	Informe de modelación hidráulica e hidrológica de los sistemas de acueducto y alcantarillado	*No radicado*	*Aprobado*	*Vobo concepto del 4 de febrero de 2019*
ACTA DE APROBACION PRIMER PRODUCTO		*SIN APROBACIÓN*		
SEGUNDO PRODUCTO "DISEÑO DE DETALLE"	*Informe de diseños técnicos definitivos. Incluye:*	*No radicado*	*No aprobado*	*Producto sin ejecutar por la consultoría*
	- Diseños hidráulicos, geotécnicos, pruebas y ensayos de laboratorios con sus respectivos resultados analizados, estructurales con los planos de detalle, memorias de cálculo y un informe técnico.	*No radicado*	*No aprobado*	
	Diseño de plan integral de ejecución del proyecto. *- Informe de identificación predial definitivo de acuerdo a la alternativa seleccionada aprobada por la interventoría.*	*No radicado*	*No aprobado*	

PRODUCTO	ACTIVIDAD	ENTREGA POR LA CONSULTORIA	ESTADO DE APROBACION	OBSERVACIONES
	- Elaboración del presupuesto detallado de la obra, los respectivos análisis de precios unitarios APU's, listado de insumos, cotizaciones, especificaciones técnicas de construcción, requerido para el control de calidad de la obra, medida y pago de la misma, esquemas generales de 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.	*No radicado*	*No aprobado*	
	Manual de arranque, puesta en marcha, operación y mantenimiento de los sistemas de tratamiento. *- Diseño del plan integral de ejecución del proyecto, y del Plan de Gestión Social de Obra.*	*No radicado*	*No aprobado*	
TERCER PRODUCTO "DOCUMENTOS PARA VIABILIZACION"	*- Formulación del Formato GPA-F-01 Hoja Resumen del Proyecto.* *- Formulación del proyecto en la Metodología General Ajustada – MGA.* *- Recopilación de documentos solicitados a la Alcaldía Municipal, como:* **Certificaciones: Las requeridas para la radicación del proyecto contempladas en la normatividad legal vigente aplicable.* **Ambientales: Concesión de aguas superficiales, aprobación PSMV, Permiso de 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, 4 y 5.*	*No radicado*	*No aprobado*	*Producto sin ejecutar por la consultoría*

GOBº LIBRE E INDEPTE DE CUNDINCA

PRODUCTO	ACTIVIDAD	ENTREGA POR LA CONSULTORIA	ESTADO DE APROBACION	OBSERVACIONES
	-Formato GPA-F-09 Diagnóstico de la Empresa de Servicios Públicos con todos sus soportes.			

Fuente: Informe interventoría Fl 11.

De la aludida documentación se colige que, pese a que algunos productos contratados fueron entregados por la interventoría; ninguno de ellos fue aprobado 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 encausó sus argumentos a acreditar la ocurrencia de circunstancias acaecidas durante el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2018 (fecha en la cual tuvo lugar la suscripción del acta de inicio del contrato de consultoría EPC-PDA-C-346-2018) y el día 13 de julio de 2021 (fecha en la cual se suscribió la prórroga No. 2), las cuales en su criterio, justificarían las razones del presunto incumplimiento contractual, pues en su sentir corresponderían a hechos imprevisibles e irresistibles, que en todo caso constituyen causal eximente de responsabilidad.

Vale la pena acotar que la interventoría designada, a través de documento denominado "Pronunciamiento técnico respecto a los descargos rendidos en audiencia de fecha 2 de mayo de 2022", obrante a folios 205 y siguientes del expediente, reiteró en forma vehemente que *"el informe de presunto incumplimiento presentado por esta Dirección, se motivó con base en los presupuestos facticos que se presentaron a partir de la prórroga No. 2.", esto es desde el 3 de octubre de 2021 y hasta el 14 de marzo de 2022 (oportunidad en la cual feneció el plazo de ejecución contractual)*.

Como fuera explicado en precedencia, la teoría de la imprevisión en la ejecución de los contratos estatales, conlleva la ejecución satisfactoria del objeto contractual en condiciones gravosas para el contratista; en tanto que la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad, permite entrever que el contrato se encuentra incumplido; no obstante, subyacen situaciones que siendo ajenas a la voluntad de las partes, se tornaron imprevisibles e imposibles de superar (irresistibles).

Hechas las aclaraciones del caso y habida cuenta que está plenamente acreditado que el objeto del contrato que ocupa la atención del despacho no se

cumplió por parte del contratista, le corresponderá estudiar si las situaciones mencionadas en los descargos (como elementos justificativos de la inejecución del contrato), pueden enmarcarse en el concepto de fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

El artículo 64 del Código Civil Colombiano define la fuerza mayor como "el imprevisto que no es posible resistir." En torno a esta definición la jurisprudencia del Consejo de Estado identifica a la fuerza mayor como un acaecimiento externo a la actividad de quien lo produce; y señala, en términos generales, que la irresistibilidad (entendida como la imposibilidad de oponerse a su ocurrencia o a los efectos que se derivan, dada su magnitud y fortaleza) es su criterio fundamental y determinante[7], lo que la convierte en un supuesto normativo que extingue las obligaciones[8] y eximen de responsabilidad en los contratos[9].

Dicho ello, se tiene que los supuestos de hecho relativos a: i) la falta de claridad en el alcance del objeto (por cambios en las áreas donde tendría lugar el levantamiento topográfico y ajustes en los estudios hidrológicos e hidráulicos por cuenta del déficit de agua en la fuente de captación principal, aunado a los inconvenientes presentados en la gestión predial a cargo del municipio de Villapinzon), ii) el cambio de los apoyos a la supervisión e interventoría del contrato y la dilación en los términos de revisión, que trajo consigo atrasos y reprocesos en la presentación de la información, iii) el ataque informático por el cual se violentó los sistemas de seguridad del proveedor de servicios en la nube del contratista, y iv) los hechos imprevistos señalados en la justificación de la prórroga No. 2 del contrato; si bien se trataron de circunstancias ocurridas en forma abrupta e intempestiva; algunas de ellas tenían el carácter de previsibles (vrg. A través de sistemas de respaldo físico de la información digital del consultor en el caso del ataque informático) y otras, fueron superadas gracias al tratamiento conjunto del riesgo dado por las partes.

De esta manera, es válido traer a acotación las múltiples actas de suspensión y prorroga (e inclusive la adición) celebradas entre el contratista y Empresas Públicas de Cundinamarca, en ejercicio de la autonomía de su voluntad y buena fé, a través de las cuales solventaron los impases e inconvenientes acaecidos durante la ejecución del contrato (relacionados con la falta de claridad en el alcance del objeto contractual, cambios en la supervisión y los imprevistos señalados en la

[7] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1792 del 12 de diciembre de 2006 *v.et.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2002, radicado: 13.477.
[8] Cfr. Código Civil, artículo 1625 numeral 7 y, artículos 1729 y 1739.
[9] Cfr. Código Civil. *"Artículo 1604. Responsabilidad del deudor. (…) El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. (…)" // "Artículo 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios. (…) La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios (…)".*

prórroga No. 2), pues por conducto de ellas se mantuvo incólume el plazo de ejecución contractual a favor del contratista para que este pudiera ejecutar en debida forma las actividades a su cargo, al tiempo que se propendió por la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines del estado.

Acótese para el efecto, lo señalado por la Dirección de Operaciones y Proyectos Especiales en el informe de interventoría que dio origen a la presente actuación, en el cual se indicó:

> *"Se pudo evidenciar que a la consultoría CONSORCIO ESTUDIOS D&P se le otorgó tiempo adicional de once (11) meses y una adición presupuestal de CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y UNO MIL TRECIENTOS PESOS M/CT $53.871.300, para un total de diecisiete (17) meses y un valor total de CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHENTA PESOS M/CT $424.868.080 para el desarrollo del contrato; adicionalmente se suscribieron siete (7) suspensiones,* ***todas ellas con el objeto de superar los imprevistos y dificultades presentadas durante el desarrollo contractual". [Negrilla y subrayado fuera de texto]***

Respecto a la suspensión del contrato estatal, el Consejo de Estado sostiene[10]:

"(…)

a) *Conforme a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se puede concluir que la suspensión en la ejecución del contrato estatal* ***es una medida excepcional cuya finalidad es salvaguardar la continuidad de la relación contractual y que puede producirse por razones de fuerza mayor o caso fortuito, o en procura de la satisfacción del interés público y de la continuidad normal en la ejecución de lo contratado.***

b) ***Dependiendo de la magnitud de la causa que origine la suspensión esta puede ser total*** *o parcial. Es decir, puede imposibilitar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones de las partes o, puede impedir a los contratantes honrar solo algunas de estas pudiendo continuar con la ejecución de las demás.*

c) (…)

[10] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: GERMÁN BULA ESCOBAR (E), Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00001-00(2278)

d) *El Estatuto de la Contratación Estatal dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, del interés general y del principio de conservación del contrato,* ***permite*** *la estipulación de cláusulas o* ***la elaboración de acuerdos con el fin de reconocer situaciones que hagan plausible la suspensión en forma temporal y justificada de la ejecución de algunas obligaciones del contrato estatal.***

e) *Como* ***la suspensión de la ejecución del contrato estatal se sustenta en gran medida en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes****, y como dentro de ese marco conceptual el contenido del negocio jurídico generalmente está determinado por las declaraciones de voluntad de quienes concurren al mismo, la cláusula de suspensión, o los acuerdos de suspensión de la ejecución de las obligaciones del contrato podrían pactarse, por regla general, en cualquier tipo de contrato estatal.*

f) ***Dado el interés público que gravita sobre la contratación estatal, las partes contratantes al decidir sobre la suspensión deberán****: (i) ponderar que la naturaleza y el contenido del contrato estatal admita la posibilidad de suspenderlo, (ii) verificar que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley ni resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres, (iii)* ***garantizar que la suspensión tenga por objeto la consecución del interés general y el cumplimiento de los fines estatales****; y (iv)* ***demostrar y justificar que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, o caso fortuito, o que procura la satisfacción del interés público****.*

g) *(….)*

h) *Si la naturaleza o contenido del contrato lo permiten,* ***el tiempo de suspensión de la ejecución del contrato no se imputa, de manera que la fecha de terminación del plazo del cumplimiento de las obligaciones afectadas con la suspensión se posterga. El plazo de ejecución inicialmente pactado no se adiciona ni modifica; únicamente se desplaza y altera la fecha de terminación".***

De otra parte, en lo que corresponde al cambio de marco normativo durante la ejecución contractual que, en términos del contratista, hizo más gravoso el cumplimiento del objeto, resulta oportuno señalar que, en el análisis para la TIPIFICACION, ESTIMACION Y ASIGNACION DE RIESGOS PREVISIBLES QUE PUEDAN AFECTAR EL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO, que hiciera Empresas Públicas de Cundinamarca en la etapa precontractual, previó y asignó el siguiente riesgo de carácter regulatorio al contratista:

No	Clase	Fuente	Etapa	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
12	GENERAL	EXTERNA	EJECUCION	REGULATORIA	Cambios en la normativa que modifique o imponga nuevas obligaciones al CONSULTOR	Retrasos en la ejecución del contrato y posible variación del valor del mismo	2	3	5	MEDIO	CONSULTOR Y/O EMPRESA	Aceptar el riesgo	2	3	5	MEDIO	SI	Empresa, contratista	Al inicio de la ocurrencia del evento	A la terminación de la ocurrencia del evento	A partir de la información oficial y de los informes de interventoría y/o supervisión	Cuando se presente el evento

De este modo, la entrada en vigencia de la resolución No. 0799 del 9 de diciembre de 2021, por la cual se modifica la Resolución 0330 de 2017 si bien implicaría el ajuste de algunos productos que ya habían sido elaborados, ello correspondió a un álea normal del contrato, pues tal riesgo estaba previsto en los documentos del proceso. Así, el supuesto de hecho en comento perdió el carácter de imprevisible, por lo que no puede considerarse como una circunstancia de fuerza mayor que justifique el incumplimiento del contrato; todo lo contrario, la desatención por parte del contratista puede estimarse al amparo del marco normativo y jurisprudencial acotado, como un verdadero incumplimiento contractual.

Aunado a lo expuesto, de conformidad con el Pronunciamiento técnico respecto a los descargos rendidos en audiencia de fecha 2 de mayo de 2022", obrante a folios 205 y siguientes del expediente, se tiene que las implicaciones que podría tener la resolución sobre el proyecto de acuerdo con su alcance, es el siguiente:

> *"En cumplimiento a la norma, se requiere determinar el área aferente de la tubería por un factor de 0.1 l/s. Ha, es decir, la implementación de este ajuste no demandaría mayores esfuerzos de la consultoría (ni adiciones de carácter presupuestal), el mismo se reduce a un cálculo matemático que para el estado en que se encontraba el contrato (primer producto) no repercutía variación en los diseños, teniendo en cuenta que, para la fecha de finalización del plazo de ejecución, este producto (diseño de detalle) no fue elaborado por el contratista. Es importante resaltar que este ajuste no requiere incluir de actividades o presupuesto adicional para su implementación."*

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-346 -2018 por parte del CONSORCIO D&P con Nit. 901.214.246-2

De igual forma y conforme a lo expuesto en precedencia, 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.

De otra parte y en atención a la manifestación realizada por el contratista en la audiencia de descargos, relacionada con la exigencia por parte de la interventoría de dos (2) productos no contratados (*estudio patológico y de vulnerabilidad estructural y el informe de exploración geotécnica y estudios de suelos*), la entidad procedió a verificar el contenido del contrato, junto con los demás documentos del proceso, encontrando que en la forma de pago se estableció que se realizaría un primer pago por el valor correspondiente al 30% del valor del contrato, cuando se hiciera entrega entre otros, del producto No. 1. DIAGNOSTICO, PLANTEAMIENTO Y SELECCIÓN DE ALTERNATIVAS.

Al validar el contenido de este hito, se encontró que el mismo está conformado por:

> *"Informe de recopilación de información y diagnóstico del estado actual del servicio de acueducto y alcantarillado, El informe debe contener al análisis y diagnóstico de la infraestructura existente (Plan Maestro de Acueducto y 1 Alcantarillado), además debe contener el análisis y diagnóstico del POT o EOT para la zona, actualización del catastro de redes, análisis de las zonas de posible parcelación en la zona, y la estimación de caudales para el horizonte de proyecto.*
> ***Informe de prefactibilidad del proyecto para la respectiva aprobación**."*
> [Negrilla y subrayado fuera de texto].

Si bien no se indica expresamente en la descripción técnica del producto que el informe de prefactibilidad incluye "un análisis e identificación preliminar de las estructuras para realizar el estudio patológico al igual que el informe de prospección de geotecnia", lo cierto es que dichas actividades forman parte integral de aquel. Así se infiere del Pronunciamiento Técnico respecto a los descargos rendidos en audiencia de fecha 2 de mayo de 2022, realizado por la Dirección de Operaciones y Proyectos Especiales, en el cual sostuvo:

> *"A través del anterior cuadro, se puede constatar cada una de las actividades y la descripción correspondiente al primer producto, siendo una*

Calle 24 #51-40 Bogotá D.C.
Capital Tower-Pisos 7,10 y 11
Código Postal: 111321 – Tel: 7954480
Empresas Públicas de Cundinamarca
@EPC_SA
www.www.epc.com.co

de ellas la presentación de informe de prefactibilidad del proyecto para la respectiva aprobación, el cual incluye un análisis e identificación preliminar de las estructuras para realizar el estudio patológico al igual que el informe de prospección de geotecnia, lo que contradice la afirmación sostenida por la Consultoría, ahora bien si no se encuentra literalmente descrito en las actividades éste técnicamente si hace parte del informe de prefactibilidad. En ese sentido, si bien las actividades señaladas por el contratista no hacen parte del No. 1, dentro de la ejecución del mismo si debe efectuarse un análisis preliminar del mismo a través del informe de prefactibilidad".

Aunado a ello, del contenido de las especificaciones técnicas del contrato EPC-PDA-C-346-2018 se lee: "*Para la actualización del PMAA seleccionado por la Administración Municipal, el Consultor deberá realizar las siguientes actividades. (…)10. Elaboración de estudio patológico y de vulnerabilidad estructural para las infraestructuras con que cuente el sistema de la red de aducción del acueducto urbano, y que requieran de obras de optimización de acuerdo con la alternativa seleccionada para el proyecto*".

De los apartes expuestos, se concluye que la totalidad de los productos señalados por la interventoría en el informe que dio origen a la presente actuación administrativa, se encontraban contratados y era obligación del contratista proceder a su entrega, motivo por el cual, no son del recibo los argumentos expuestos por el contratista con sus descargos.

Evidenciado el incumplimiento definitivo del contrato EPC-PDA-346-2018, 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 adelantar un nuevo proceso de selección de contratistas que tenga por objeto contratar la ACTUALIZACION DEL PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE VILLAPINZON, DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA. Los valores allí señalados se encuentran actualizados para la vigencia 2022 y corresponden a los siguientes:

PRESUPUESTO VALORES ACTUALES 2022						
ACTUALIZACIÓN DEL PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE VILLAPINZON DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA						
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	40%	10	**$ 2.380.600**	$ 9.522.400
Especialista Alcantarillado	H/MES	1	40%	5	**$ 1.785.450**	$ 3.570.900
Especialista Acueducto	H/MES	1	40%	3	**$ 1.785.450**	$ 2.142.540
Especialista Geotecnia	H/MES	1	40%	3	**$ 1.785.450**	$ 2.142.540
Especialista Estructural	H/MES	1	40%	3	**$ 1.785.450**	$ 2.142.540
Especialista Hidrología	H/MES	1	40%	3	**$ 1.428.360**	$ 1.714.032
Ingeniero electromecánico	H/MES	1	35%	3	**$ 1.428.360**	$ 1.499.778
Especialista Ambiental	H/MES	1	30%	3	**$ 1.428.360**	$ 1.285.524
Profesional Técnico Gestión Predial	H/MES	1	30%	3	**$ 1.428.360**	$ 1.285.524
Profesional Jurídico Gestión Predial	H/MES	1	30%	3	**$ 1.428.360**	$ 1.285.524
Profesional Costos y Presupuestos	H/MES	1	30%	3	**$ 1.428.360**	$ 1.285.524
Profesional en Trabajo Social	H/MES	1	25%	3	**$ 1.428.360**	$ 1.071.270
SUBTOTAL PERSONAL PROFESIONAL						**$ 28.948.096**
2. PERSONAL TÉCNICO						
Dibujante	H/MES	1	100%	4	**$ 1.071.270**	$ 3.749.445
SUBTOTAL PERSONAL TÉCNICO						**$ 3.749.445**
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 PERSONAL						**$ 37.744.413**
FM			2,2			
TOTAL PERSONAL						**$ 83.037.709**
II. COSTOS DIRECTOS						
DESCRIPCIÓN	**UNIDAD**		**CANTIDAD**	**TIEMPO (MESES)**	**TARIFA**	**VALOR TOTAL**
II.1. TRAZADO TOPOGRAFÍA						
Trazado topográfico, incluye topógrafo, 2 cadeneros, equipo de topografía, desplazamientos, vehículo, alojamiento, comida y demás gastos que se requierean para realizar la actividad la topografia, incluye catastro de redes	km		35	1	**$ 2.368.697**	$82.904.395,00
SUBTOTAL TOPOGRAFIA						**$ 82.904.395**
II.2. VEHÍCULOS						
Campero, Pick-Up, Camioneta, Camión o similar 1200-1300 c.c.	UND		1	1,6	**$ 7.500.000**	$ 12.500.000,00
SUBTOTAL VEHÍCULOS						**$ 12.500.000**
II.3. VIATICOS						
Alojamiento + Alimentación	Mes		1	1,75	**$ 11.903.000**	$ 20.830.250
SUBTOTAL VIATICOS						**$ 20.830.250**
II.4. ESTUDIOS DE GEOTECNIA						
Ensayos para estudios de suelos (incluye toma y transporte)	GBL (RECONOCIMIENTO POR REEMBOLSO)		1		**$ 77.964.650**	$ 77.964.650
SUBTOTAL GEOTECNIA						**$ 77.964.650**
II.5. ESTUDIOS DE PATOLOGIA Y VULNERABILIAD SISMICA						
Ensayos para estudios de Patología y de vulnerabilidad sismica infraestructuras de Acueducto y Alcantarillado (incluye toma, estudios de suelo y transporte) (4 enayos maximo)	GBL (RECONOCIMIENTO POR REEMBOLSO)		1		**$ 35.709.000**	$ 35.709.000
SUBTOTAL VULNERABILIAD SISMICA						**$ 35.709.000**
II.7. ESTUDIOS DE CALIDAD DE AGUA						
Análisis físico-químico total (Incluye turbiedad, color, pH, alcalinidad, acidez, CO2, dureza total, calcio, magnesio, hierro, manganeso,	GBL (RECONOCIMIENTO POR REEMBOLSO)		1		**$ 53.563.500**	$ 53.563.500

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)				
ANÁLISIS BACTERIOLÓGICO - Coliformes totales aguas residuales - filtro membrana	GBL (RECONOCIMIENTO POR REEMBOLSO)	1	**$ 53.563.500**	$ 53.563.500
SUBTOTAL LABORATORIOS Y ESTUDIOS				**$ 107.127.000**
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**
TOTAL COSTOS DIRECTOS				**$ 337.987.535**
VALOR CONSULTORIA				**$421.025.244**
IVA (19%)				**$ 79.994.796**
VALOR TOTAL				**$501.020.040**

De esta manera, estima la interventoría que el valor a pagar por concepto de perjuicios asciende a la suma de QUINIENTOS UN MILLONES VEINTE MIL CUARENTA PESOS ($501.020.040). Para realizar el cálculo de los perjuicios enunciados, se tuvieron en consideración los siguientes aspectos:

"*(…)*

- *Se determinó el número de los profesionales requeridos para la realización de los ajustes no presentados por la consultoría (y previstos desde la etapa de previa a la contratación).*
- *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.*

- *Los honorarios se establecieron teniendo en cuenta lo dispuesto en la Resolución 043 de 2013 "Por la cual se establece topes máximos para. salarios y demás para presupuesto de los contratos de consultoría", su aplicabilidad se establece en adjudicar el valor actualizado a la vigencia 2021 y señalado en la resolución para cada profesional en la columna denominada Sueldo Básico Mensual (Tarifa).*
- *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.*

  Una vez determinados los posibles incumplimientos por parte del consultor, los cuales, concretan un daño consistente en la no obtención de los productos 1, 2, 3 y la presentación del proyecto ante el mecanismo de viabilización, la tasación de perjuicios correspondió al presupuesto que la entidad tendrá como insumo para la etapa de planeación del futuro proceso de contratación (…)".

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 la ACTUALIZACION DEL PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE VILLAPINZON, DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, posiblemente demandará mayores recursos a los comprometidos en el contrato EPC-PDA-C-346-2018; 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-346 DE 2018 (incluida su adición).

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, no es plausible deducir de este monto, porcentaje alguno por concepto de ejecuciones parciales del objeto contractual, en la medida en que ninguno de los productos entregados por el contratista, lograron la aprobación por parte de la interventoría.

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 definitivo del contrato de Consultoría EPC-PDA-C-346-2018 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: "*Actualización del plan maestro de acueducto y alcantarillado del casco urbano municipio de Villapinzón*", por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO 2º.- Hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria en los términos previstos en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato número EPC-PDA-C-346-2018 por un valor de OCHENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS DIECISEIS PESOS ($84.973.616) 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. 380-47-994000090493 Anexo 11 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-346-2018.

ARTÍCULO 4º.- Ordénese realizar la liquidación del contrato de Consultoría EPC-PDA-C-346-2018 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-346-2018.

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 8º.- 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 9º.- Comunicar la presente resolución al Interventor del EPC-PDA-C-346-2018, y a las dependencias y funcionarios encargados de atender su cumplimiento.

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

Dado en Bogotá D.C a los veintitrés (23) días del mes de octubre de 2023.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO ANTONIO GARZÓN HINCAPIÉ
Director de Gestión Contractual

Proyectó: Juan Camilo Ruiz Ovalle /Contratista DGC