

Señores

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos (Reparto).

ASUNTO: Solicitud de conciliación extrajudicial
REFERENCIA: Contrato de obra No.300-AO-1334-2022 de 10 de febrero de 2022
CONVOCANTE: EMCALI EICE ESP
CONVOCADOS: PONTIFEX SAS

CARLOS ANDRÉS HEREDIA FERNANDEZ, domiciliado en Cali, Valle del Cauca, identificado con la Cédula de Ciudadanía No.14.638.306 expedida en Cali- Valle, portador de la Tarjeta Profesional No.180.961 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado judicial de las **Empresas Municipales de Cali- EMCALI EICE ESP**, identificado con el NIT. 890399003- 4, según poder especial conferido para el efecto por el Doctor **CARLOS ANDRES SARASTI ARCE**, mayor de edad y vecino de Santiago de Cali, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.130.621.427, obrando en calidad de Director Jurídico de las Empresas Municipales de Cali- EMCALI EICE ESP, por medio del presente, me permito presentar ante su Despacho, SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN ASUNTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 446 de 1998, Artículo 13 de la Ley 1285 de enero 22 de 2009, en el Artículo 2° del Decreto 1716 de 2009, en concordancia con los Artículos 141 y 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se logre de común acuerdo conciliar y evitar instaurar una demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa como medio de control de controversias contractuales, atendiendo los siguientes supuestos fácticos y pretensiones.

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTE

Parte Convocada

DIEGO ALBERTO ROMERO NIVIA
Representante Legal
PONTIFEX SAS
NIT. 901.228.639-4
Calle 11ª # 50-45
Teléfono: 3007561021

Convocado en Calidad de Garante

Compañía de Seguros: Aseguradora Solidaria
NIT: 860.524.854-6
Póliza No. 430-74-994000019953

Póliza No.430-47-994000055433

Parte Convocante

EMCALI EICE ESP- NIT. 890399003- 4, representada legalmente por el Doctor ROGER MINA, mayor de edad y vecino de Santiago de Cali- Valle, identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 1.130.625.393
Avenida 2 Oeste entre calles 10 y 11
notificaciones@emcali.com.co

II. HECHOS

PRIMERO: EMCALI EICE ESP realizó comunicación al representante legal de PONTIFEX S.A.S. el 17 de enero de 2022, mediante memorando 312-3531-2022, se en el cual informó sobre el incumplimiento del contrato 300-AO-1334-2022.

SEGUNDO: El día 27 de enero de 2022, EMCALI EICE ESP acepta mediante "Aceptación de Oferta No.300-AO-1 334-2022 la oferta presentada por PONTIFEX S.AS para la Invitación Privada No.900-IP-0100-2022 con objeto "REPOSICION REDES ALCANTARILLADO BARRIOS LA FORTALEZA Y EUCARISTICO". Carrera 29B entre calles 29 y 30 - LA FORTALEZA; Carrera 37A entre calles SE y 6 EUCARISTICO.

TERCERO: La GUENAA, mediante Memorando No.300-0471 del 7 de febrero de 2022, designó al ingeniero Julio Cesar Gil Cardozo como Supervisor del contrato No.300-AO-1334-202 El 10 de febrero de 2022, se firmó Acta de Inicio con plazo de ejecución seis (6) meses incluyendo dos (2) meses de pre-construcción, con fecha de terminación inicial 9 de agosto de 2022.

CUARTO: Debido a que, al término del plazo de pre-construcción, no se logró concepto favorable de parte de la SMSSV al PMT presentado por el Contratista y condiciones climáticas adversas, el 18 de julio de 2022 se solicita al Gerente de Área de Abastecimiento una prórroga al contrato de 60 días calendario con nueva fecha de terminación 9 de octubre de 2022.

QUINTO: El día 9 de agosto de 2022, se suscribe el Otrosí No.1 al contrato No.300-AO-1334-2022, prorrogando el plazo del contrato hasta el 9 de octubre 2022.

SEXTO: En desarrollo de las obras objeto del contrato el cual corresponde únicamente a "Reposición de redes Alcantarillado Barrios la Fortaleza y Eucarístico" y revisando el formulario de precios y cantidades de la Aceptación de oferta se encuentran ítems de reposición de redes de acueducto. es necesario por ser actividades de acueducto deben sufragarse con recursos pertenecientes a dicho servicio, por lo que se requiere que se-realice el ajuste presupuestal pertinente, con el fin de incorporar los recursos mediante, una imputación de acueducto y liberar los recursos de alcantarillado.

SÉPTIMO: Al mismo tiempo el contratista con oficio de 30 de septiembre de 2022 solicita la respectiva imputación para facturar actividades correspondientes a acueducto, así como

también una prórroga de 45 días calendario.

OCTAVO: El 7 de octubre de 2022 se suscribe el Otrosí No.2 al contrato No.300-AO-1334-2022, por el cual se prorroga el plazo hasta el '22 de noviembre de 2022. y se incorpora el Certificado de Disponibilidad Presupuestal 202205923 y modifica el valor registrado en la imputación presupuestal del CDP 202201921.

NOVENO: Las obras se han venido ejecutando en atención a Resolución de aprobación No.4152.020.21.0.0764 de 2022 de la Subsecretaría de Movilidad Sostenible y Seguridad Vial SMSSV, que autorizó específicamente un PMT para el barrio Eucarístico.

DÉCIMO: En las actividades propias de la ejecución para las obras el fuerte invierno y/o la temporada crítica de lluvias ocasionadas por el fenómeno meteorológico de La Niña, que continúa afectando durante los meses de octubre y noviembre a la ciudad de Santiago de Cali, no ha permitido que las actividades propias de este tipo de obra de reposición completa de redes húmedas , andenes y conformación y compactación de sub rasante , cuenten con el avance programado, generando así un retraso en el cronograma vigente.

DÉCIMO PRIMERO: Por la razón expuesta anteriormente el contratista PONTIFEX S.A.S mediante oficio con fecha 17 de noviembre de noviembre de 2022 solicita prorroga el contrato de 30 días calendario con nueva fecha de terminación el 22 de diciembre de 2022.

DÉCIMO SEGUNDO: Se anexan reportes del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales IDEAM, así como el Decreto declaratorio de situación de calamidad dictado por la Alcaldía de Cali en septiembre de 2022, y Decreto de declaratoria de desastre proferido en noviembre de 2022 por la Presidencia de la República de Colombia, debido a la fuerte ola invernal que afecta todo el territorio nacional.

DÉCIMO TERCERO: El 02 de diciembre de 2022, mediante el memorando con consecutivo 312-3413-2022, el ingeniero supervisor contratista y la Jefe de Unidad de Interventoría, informan al ingeniero de la empresa contratista, el poco avance en las obras contratadas, atendiendo al escaso personal en las actividades a ejecutar y al suministro a tiempo de los equipos y materiales requeridos para el normal desarrollo de la obra. Cabe indicar el 19 de diciembre de 2022, fue emitido el memorando con consecutivo 312-3503-2022, en el cual se reitera la falta de personal, los materiales y los equipos necesarios para dar cumplimiento al plazo contractual establecido.

DÉCIMO CUARTO: El 12 de diciembre de 2022, EMCALI EICE ESP emite el memorando con consecutivo 312-3446-2022, en el cual informa que después de realizar varias reuniones con el contratista PONTIFEX S.A.S. las cuales tuvieron como finalidad la búsqueda de alternativas para el cumplimiento contractual, así como la suscripción del otro sí No.3 en el cual se amplió el plazo hasta el día 22 de diciembre de 2022 para el cumplimiento del contrato. En el mismo sentido, el memorando indica que pese a las acciones implementadas el contrato no cumplirá con los plazos contractuales establecido, por lo tanto, el supervisor del contrato envió el respectivo memorando a la compañía de seguros Aseguradora Solidaria de Colombia en el que se notificó el presunto incumplimiento del contrato.

DÉCIMO QUINTO: El 23 de diciembre de 2022, mediante memorando con consecutivo 312-35331-2022 el ingeniero supervisor contratista y la Jefe de Unidad de Interventoría, informan al Representante Legal de la empresa contratista, que en visita realizada a los frentes de trabajo

en los barrios La Fortaleza y Eucarístico en la fecha establecida en el otro sí No. 2 como finalización de las actividades según el cronograma, se evidenció un incumplimiento del alcance al contrato, dado que los avances necesarios no se vieron reflejados en tal forma que permitiera garantizar el cumplimiento de los plazos contractuales establecidos, información contenida en el acta de supervisión anexa al oficio indicado.

DÉCIMO SEXTO: El 26 de enero de 2023, se envió a la Aseguradora Solidaria de Colombia el aviso formal del siniestro de acuerdo con lo establecido en el Artículo 1075 del Código de Comercio, por parte de EMCALI EICE E.S.P. en calidad de asegurado de la Póliza No.430-47-994000055433 en cumplimiento de las obligaciones como asegurado y beneficiario.

DÉCIMO SÉPTIMO: El 17 de febrero de 2023, EMCALI EICE ESP envió a la Aseguradora Solidaria de Colombia oficio con consecutivo 312-0239-2023, en el cual solicitaba de manera urgente el pronunciamiento referente al siniestro en los términos del Artículo 1075 del Código de Comercio, en calidad de asegurado de la póliza No.430-47-994000055433.

DÉCIMO OCTAVO: El 16 de marzo de 2023, mediante oficio con consecutivo 312- 0346-2023, se informó a la Aseguradora Solidaria de Colombia que EMCALI EICE ESP se encuentra a la espera de la designación del ajustador para continuar con el trámite de la reclamación ante la compañía aseguradora.

DÉCIMO NOVENO: El 02 de mayo de 2023, la Aseguradora Solidaria de Colombia mediante oficio ISP-00951 RUP2620, esta entidad informo que EMCALI EICE ESP debía presentar la reclamación en los términos del Artículo 1077 del Código de Comercio de acuerdo con los lineamientos establecidos en la comunicación ISP-00425 de 01 de marzo de 2023.

VIGÉSIMO: El día 25 de septiembre de 2023, EMCALI EICE ESP, el corredor de seguros contratista EMCALI, realizó mediante correo electrónico la remisión de los documentos No.300-AO-1334-2022, sin embargo, a la fecha no se tiene conocimiento del estado de este trámite administrativo.

III. TASACIÓN ANTICIPADA DEL PERJUICIO

La cuantificación del daño, se encuentra relacionada con las obras inconclusas de la reposición del alcantarillado en los Barrios La Fortaleza y Eucarístico, lo que conlleva a que se declare el incumplimiento y se haga efectivo el siniestro del amparo de Cumplimiento pólizas N° 430-74-994000019953 y No.430-47-994000055433 expedidas por la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA, a favor de EMCALI EICE ESP, que corresponde a la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$200.000.000) y DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO TRESCIENTOS SETENTA MIL NOVEESCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$248.370.948) respectivamente, para un total de CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL NOVEESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$448.370.948).

IV. CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

De conformidad con el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de consultoría se definen como: *“los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse en los términos del respectivo contrato”.

Como lo dispone la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-326 de 1997, quien trae a colación pronunciamientos de antaño que definen el contrato de consultoría así:

“(...) El objeto de los contratos de consultoría no está relacionado directamente con las actividades de la entidad que los requiere, o con su funcionamiento, a través de ellos la administración contrata servicios especializados de asesoría, interventoría, gerencia de obra o de proyectos, o la elaboración de estudios y diagnósticos, que no siempre coinciden en su contenido con la órbita de las actividades propias de la entidad contratante; para ello recurre a personas naturales o jurídicas especializadas en una determinada materia, las cuales ofrecen conocimientos y experiencia en una específica área o actividad(...).”

El valor del contrato corresponde a la suma total de CUATROSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES SETESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL NOVEESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$496.741.956), valor que de acuerdo con lo pactado sería cancelado por entregas parciales, como se evidencia en el avance financiero, se realizó el pago de tres (03) actas de pago que ascienden a la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$267.298.357).

AVANCE FINANCIERO

Aceptación de oferta: \$ 496.741.956

No. Acta de Pago	Fecha de acta	Valor
1	12/08/2022	\$118.656.846
2	8/09/2022	\$56.092.771
3	1/11/2022	\$ 54.693.982

Saldo del contrato \$ 267.298.357

% DE AVANCE FINANCIERO: 46%

Con lo transcrito hasta aquí, pretende probarse por parte de la entidad, que desde la formación de la voluntad de las partes se tenía claro la forma de ejecución del contrato, la forma de pago, y las condiciones técnicas para cumplir satisfactoriamente la necesidad de EMCALI EICE ESP.

Desde el trámite precontractual, era conocido por el contratista y aceptado con la oferta, las condiciones del negocio jurídico en el cual se informó que los pagos se realizarían mediante actas parciales, conforme los avances o cumplimiento de ejecución del objeto contractual, evaluados conjuntamente entre el contratista y el supervisor.

Si bien el concepto de la violación resulta los fundamentos basados para considerar al contratista incumplido, resulta relevante retomar específicamente los supuestos fácticos, por ello se reitera el contratista realizó la solicitud de prórroga y que se suscribieron 3 otrosí atendiendo a que *“En las actividades propias de la ejecución para las obras el fuerte invierno y/o la temporada crítica de lluvias ocasionadas por el fenómeno meteorológico de La Niña, que continua afectando durante los meses de octubre y noviembre a la ciudad de Santiago de Cali, no ha permitido que las actividades propias de este tipo de obra de reposición completa de redes húmedas , andenes y conformación y compactación de sub rasante , cuenten con el avance programado, generando así un retraso en el cronograma vigente.*

Por la razón expuesta anteriormente el contratista PONTIFEX S.A.S mediante oficio con fecha 17 de noviembre de noviembre de 2022 solicita prórroga el contrato de 30 días calendario con nueva fecha de terminación el 22 de diciembre de 2022”.

V.FORMULA CONCILIADORA

DECLARATIVAS

PRIMERA: DECLARAR el incumplimiento de las obligaciones contractuales, imputable al contratista PONTIFEX SAS, identificada con NIT. 901.228.639-4, representado

legalmente por DIEGO ALBERTO ROMERO NIVIA, en relación con el contrato de obra No.300-AO-1334-2022 de 10 de febrero de 2022.

SEGUNDA: Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento contractual imputable al contratista PONTIFEX SAS, DECLARAR la existencia del SINIESTRO frente al amparo de cumplimiento establecido en la Garantía Única de Cumplimiento a favor de entidades del estado contenida en las pólizas No.430-74-994000019953 y No.430-47-994000055433, expedidas por la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA y como beneficiario EMCALI EICE ESP.

TERCERA: DECLARAR que el perjuicio ocasionado a EMCALI IECE ESP, por el incumplimiento imputable al contratista PONTIFEX SAS, asciende a la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$267.298.357).

CUARTA: DECLARAR el acaecimiento del riesgo e incumplimiento contractual imputable al contratista PONTIFEX SAS, por la falta de consentimiento del Gobierno Nacional de vender las compañías Target, quienes, sin contar y acreditar dicho consentimiento, es decir, existiendo una condición de pago sin cumplir el contratista presentó tres (03) actas de pagos parciales.

QUINTA: En consecuencia, de la declaratoria del acaecimiento del riesgo e incumplimiento contractual imputable al contratista PONTIFEX SAS, DECLARAR la existencia del SINIESTRO frente al amparo establecido en la Garantía Única de Cumplimiento a favor de entidades del estado contenida en las pólizas No.430-74-994000019953 y No.430-47-994000055433, expedidas por la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA y como beneficiario EMCALI EICE ESP.

CONDENATORIAS

SÉPTIMA: Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento contractual del contrato de obra No.300-AO-1334-2022 suscrito el 10 de febrero de 2022 y existencia del siniestro frente al amparo de cumplimiento establecido en la Garantía Única de Cumplimiento, CONDENAR DE MANERA SOLIDARIA al contratista UNION TEMPORAL ADH y al garante SEGUROS DEL ESTADO S.A, al pago a favor del EMCALI EICE ESP, de la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$267.298.357).

OCTAVA: Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento contractual CONDENAR DE MANERA SOLIDARIA al contratista PONTIFEX SAS y al garante ASEGURADORA SOLIDARIA, al pago a favor del EMCALI EICE ESP, de la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$267.298.357). equivalente al dinero pagado en calidad de pagos parciales al contratista PONTIFEX SAS.

NOVENO: LIQUIDAR DE MANERA JUDICIAL, el contrato de asesoría No. 700-AO-1260-2022, teniendo en cuenta las declaraciones y condenas realizadas en la sentencia.

DÉCIMA: Condenar en costas, gastos procesales y agencias en derecho a la parte demandada.

VI. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

La estimación razonada de la cuantía: DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$267.298.357).

VII. JURAMENTO

Con la presentación de este escrito, manifestamos bajo la gravedad del juramento que no se ha presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en estos mismos hechos.

VIII. PRUEBAS

Copia del Expediente Administrativo de liquidación contractual de aceptación de la oferta No. 300-AO-1334-2022.

IX. ANEXOS

Poder especial

X. NOTIFICACIONES

Parte Convocada:

DIEGO ALBERTO ROMERO NIVIA

Representante Legal
PONTIFEX SAS
NIT. 901.228.639-4
Calle 11ª # 50-45
Teléfono: 3007561021
Correo: pontifexsas@gmail.com

Convocado en Calidad de Garante

Compañía de Seguros: Aseguradora Solidaria
NIT: 860.524.854-6
Póliza No. 430-74-994000019953
Póliza No.430-47-994000055433
Correo: notificaciones@solidaria.com.co

Parte Convocante

EMCALI EICE ESP- NIT. 890399003- 4, representada legalmente por el Doctor ROGER MINA, mayor de edad y vecino de Santiago de Cali- Valle, identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 1.130.625.393.
Avenida 2 Oeste entre calles 10 y 11
notificaciones@emcali.com.co

Atentamente,



CARLOS ANDRÉS HEREDIA FERNANDEZ

C.C. No 14.638.306 de Cali-Valle
T.P. No 180.961 del Consejo Superior de la Judicatura
carlosheredia85@hotmail.com