



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO  
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y  
SANTA CATALINA**

**SIGCMA**

San Andrés Isla, diecinueve (19) de abril de dos mil veintidós (2022)

Sentencia No.071

<b>Medio de Control</b>	Controversias Contractuales
<b>Radicado</b>	88-001-23-33-000-2018-00010-00
<b>Demandante</b>	Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN
<b>Demandado</b>	Sociedad Organización Aycardi SAS Hoy AGOPLA SAS
<b>Magistrada Ponente</b>	Noemí Carreño Corpus

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a dictar sentencia, dentro del medio de control de controversias contractuales, instaurado por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN en contra de la Sociedad Organización Aycardi SAS hoy AGOPLA SAS.

**II. ANTECEDENTES**

**- DEMANDA**

La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, mediante apoderado judicial instauró demanda de controversias contractuales con el objeto que se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

**- PRETENSIONES**

**“PRIMERO:** Que se **DECLARE** el incumplimiento del contrato número 100215312-210-0-2013 de 27 de septiembre de 2013, por parte del contratista **ORGANIZACIÓN AYCARDI S.A.S. – Hoy AGOPLAS SAS.**

**SEGUNDO:** Que se **CONDENE** a la sociedad demandada **ORGANIZACIÓN AYCARDI S.A.S. – AGOPLA SAS**, al pago de la cláusula penal contemplada en el numeral 17 como consecuencia del incumplimiento del contrato número 100215312-210-0-2013 de 27 de

Expediente:88-001-23-33-000-2018-00010-00  
Demandante: DIAN  
Demandado: Organización Aycardi S.A.S. Hoy AGOPLA SAS  
Medio de control: Controversias Contractuales

## SIGCMA

septiembre de 2013, la cual corresponde a ochocientos ochenta millones novecientos cincuenta mil seiscientos dieciocho pesos (\$880.950.618)

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración se **LIQUIDE JUDICIALMENTE** el contrato número 100215312-210-0-2013 de 27 de septiembre de 2013, suscrito entre la **Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Organización Aycardi S.A.S. Hoy AGOPLA SAS.**

**CUARTO:** Que se **CONDENE** a la sociedad demandada **ORGANIZACIÓN AYCARDI S.A.S. -AGOPLAS SAS** a que las cantidades liquidadas producto de la sentencia se paguen por la demandada al demandante a través del abogado que sus derechos representen.

**QUINTO:** Se solicita que las condenas en dinero sean **Actualizadas (sic)** de conformidad con lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

**SEXTO:** Se **ORDENE** a la sociedad demandada **ORGANIZACIÓN AYCARDI S.A.S. – AGOPLA SAS** que dé cumplimiento a la sentencia con la que finalice el proceso, conforme lo dispone el artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

**SEPTIMO:** Se **CONDENE** a las sociedades demandadas **ORGANIZACIÓN AYCARDI S.A.S. – AGOPLA SAS y/o COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS** a pagar a la demandante las costas del proceso en que hayan tenido que incurrir por concepto de expensas judiciales y agencias en derecho.

(...)"

### - HECHOS

La parte demandante fundamenta sus pretensiones en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. Mediante proceso de selección LP-NC-014-2012 la U.A.E. DIAN adjudicó el Contrato No. 100215312-210-0-2013 a la sociedad ORGANIZACIÓN AYCARDI S.A.S. identificado con NIT 830.132.864-4.
2. El Contrato No. 100215312-210-0-2013 tenía por objeto "*La realización a precios unitarios fijos de las obras de adecuación, reparación, construcción, mantenimiento y dotación de las instalaciones de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés Islas.*" y debía ejecutarse en el término de seis (6) meses, por un valor de \$2.939.962.168.
3. En el Contrato No. 100215312-210-0-2013, se estipuló en cuanto a las obligaciones del contratista cumplir con los estudios previos y/o pliego de condiciones.
4. El día 20 de noviembre de 2013, se suscribió el acta de inicio de la ejecución

## SIGCMA

del Contrato No. 100215312-210-0-2013 entre Guillermo Gómez - director de obra -, Federico Peterson Manuel - director de Interventoría del interventor-, C.F. Rene Alejandro Cantor Caballero, director Seccional DIAN San Andrés islas; Omar de Jesús Puerta Rincón, Supervisor Administrativo del Contrato de obra y Marcela Rodríguez Perdomo, supervisora designada en la parte eléctrica del contrato de obra.

5. El contrato No. 100215312-210-0-2013, tuvo 6 modificaciones así:

No. Modificación	Fecha	Prorroga	Adición en valor	Nuevo plazo acumulado	Nuevo valor acumulado
1	20-05-2014	4 meses	N/A	20-09-2014	...
2	25-06-2014	N/A	\$1.424.768.279	...	\$4.364.730.447
3	10-09-2014	3 meses	N/A	20-12-2014	...
4	11-12-2014	N/A	\$110.000.000	...	\$4.474.730.447
5	19-12-2014	42 días calendario	N/A	31-01-2015	...
6	18-03-2015	29 días calendario	N/A	17-04-2015	...

6. Señala que con base en las anteriores modificaciones, el contrato No. 100215312-210-0-2013, tuvo en consecuencia un plazo de ejecución de 15 meses y 10 días, por lo tanto, finalizó el 17 de abril de 2015, según consta en el Acta Final No. 8 suscrita por el contratista y la interventoría.

7. Mediante Acta de recibo del día 6 de mayo de 2015, la entidad a través de los supervisores del contrato, recibió las obras realizadas por parte del interventor, con la salvedad que existían muchos pendientes, en los siguientes términos:

*“En la ciudad de San Andrés Isla, a los 6 días del mes de mayo de 2015, se reunieron en la sede de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés, las siguientes personas: Ing. Federico Peterson Manuel, Director de Interventoría representante del Consorcio San Andrés 2013, Dra. Lorena Patrón Hurtado, Jefe de la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional y los supervisores de la DIAN, Ingenieros Marcela Rodríguez Perdomo y Omar de Jesús Puerta Rincón, con el fin de hacer entrega de las obras e instalaciones ejecutadas por la firma ORGANIZACIÓN AYCARDI SAS en virtud del contrato de la referencia y controladas por parte del Interventor Consorcio San Andrés.”*

8. Afirma que como consecuencia de la ejecución del contrato No. 100215312-2210-0-2013, la UAE DIAN pagó al contratista Organización Aycardi S.A.S., la suma de Cuatro Mil Cuatrocientos Cuatro Millones Setecientos Cincuenta

## SIGCMA

y Tres Mil Ochenta y Nueve pesos (\$4.404.753. 089.00), como consta en la certificación SIIF.

9. El contratista no realizó el debido acatamiento del contrato No. 100215312-210-0-2013, por cuanto, solo hizo 8 mantenimientos preventivos de los 28 al aire acondicionado, pues los mismos debieron hacerse desde el mes de mayo de 2015, situación que únicamente ocurrió hasta el mes de octubre de 2016.
10. Indica que el contratista tampoco realizó el debido acatamiento del Contrato No. 100215312-210-0-2013, por cuanto, no realizó mantenimiento alguno de los equipos eléctricos, dado que los manuales de mantenimiento señalaban que debían practicarse.
11. Señala que el contratista no cumplió con el Contrato No. 100215312-210-0-2013, por cuanto se ha sustraído de sus obligaciones en lo que atañe a la obra realizada, dado que quedó por realizar lo siguiente:
  - ✓ Marcación de tableros eléctricos de auditorio
  - ✓ Falta hacer resanes de muros en auditorio, oficina archivo, bodega archivo y oficina bodega mercancías. Se debe resanar con pañete, estucar y pintar.
  - ✓ Tapar espacios superiores e inferiores en los marcos de ventanas de auditorio, bodega, almacén y archivo, se debe resanar y pintar.
  - ✓ Arreglar desagüe de aire acondicionado de oficina archivo que se desadapta fácilmente y tapar con canaleta.
  - ✓ Enchapar borde de puertas de acceso a auditorio, con porcelanato, cambia de dos piezas de porcelanato y elaborar orificio para pasadores de piso de las puertas con herramienta apropiada.
  - ✓ Revisar las chapas y pasadores de las puertas de acceso auditorio y archivo, ya que no funcionan correctamente y el recorrido del pasador es corto, dejando expuesto el mismo.
  - ✓ Cambio de vidrio fijo de parte inferior ventana punto de contacto. Debe ser vidrio de seguridad de 8 mm, igual a los demás.
  - ✓ Suministro e instalación de pomo de ducha de baño del Director Seccional.

## SIGCMA

12.El contratista tampoco realizó el debido acatamiento del contrato No. 100215312-210-0-2013, por cuanto, no realizó mantenimiento alguno de los equipos eléctricos, pues según los manuales de mantenimiento debieron practicarse, así como el indebido funcionamiento del pozo séptico.

13.Señala que, ante el incumplimiento del contrato, en relación con el mantenimiento de equipos, cableado y obra, la supervisora ha requerido al contratista para que cumpla con el contrato en las siguientes fechas:

Medio	Número	Fecha	Remitente	Destinatario	Síntesis del requerimiento
Oficio	100215312-190	21/07/2016	Supervisor	Rte. Legal contratista	Mantenimiento de equipos eléctricos
Oficio	100215312-200	04/08/2016	Supervisor	Aseguradora	Mantenimiento de equipos eléctricos
Oficio	1002062015-01054	02/09/2016	Supervisor	Rte. Legal contratista	Mantenimiento de equipos eléctricos
Correo electrónico	...	19/10/2016	Supervisor	Rte. Legal contratista	Arreglo de 5 puntos de red cableado estructurado
Oficio	100215312-321	16/11/2016	Supervisor	Rte. Legal contratista	Mantenimiento de equipos eléctricos
Correo electrónico	...	18/11/2016	Supervisor	Rte. Legal contratista	Fallas en la iluminación del archivo y bodega
Correo electrónico			Supervisor	Aseguradora	En vivo de comunicados del:  21/07/2016 04/08/2016 02/09/2016 02/09/2016 16/11/2016 y del correo 18/11/2016
Oficio	100215312-171	08/06/2017	Supervisor	Rte. Legal contratista	Mantenimiento de equipos eléctricos y aires acondicionados

14. Mediante oficio del 29 de agosto de 2016 se envió el Oficio No. 100215312-240 a la Compañía Mundial de Seguros S.A., remitiendo el comunicado del 22 de agosto del 2016, para informar sobre el incumplimiento de las actividades pendientes.

15.El día 31 de enero de 2017 requirió nuevamente al contratista Organización Aycardi S.A.S. mediante correo electrónico, informando sobre las

humedades presentes en los techos de madera, debido a que está fallando la impermeabilización en cubierta de teja shingle, sin obtener respuesta.

**- NORMAS VIOLADAS**

La parte actora manifiesta que con el incumplimiento imputable a la sociedad demandada se infringieron las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Constitución Política: artículos 2º, 6º, 49, 83, 123, 124, 209 y 365.

Código Civil: artículos 1546, 1602, 1603, 1613, 1614, 1618.

Contrato No. 100215312-210-0-2013 cláusulas 1 y 11.

**- CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

El apoderado judicial de la parte demandante manifiesta que la DIAN en su condición de entidad estatal contratante, se encuentra obligada a observar y dar estricto cumplimiento a los preceptos supraleales invocados y que le demarcaban el ejercicio justo, imparcial y de buena fe, del poder o de la atribución excepcional de suspensión del contrato, atendiendo el principio de protección y efectividad de los derechos, así como el de acatar los presupuestos de orden sustancial que la ley le señalaba para suspender el contrato y la consecuente liquidación por el paso del tiempo. Considera que las reglas que la Constitución establece en relación con la efectividad de los principios, derechos y deberes, son obligatorias en su cumplimiento; por ello, no es posible imaginar y mucho menos acolitar el desobedecimiento injusto de los preceptos supraleales, máxime aún cuando se deviene la prestación de un servicio público esencial inherente a la finalidad social del Estado.

Por otra parte, explica que el principio de la buena fe tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista.

Señala que en lo que concierne al contratista-Organización Aycardi S.A.S. en virtud de la ejecución del contrato, con su comportamiento omisivo no solo ha pretermitido las obligaciones de índole legal y contractual, si no también ha vulnerado los diversos postulados que inspiran el ejercicio de la función pública, en especial el principio de buena fe que permea ampliamente el orden jurídico colombiano y puntualmente la actividad contractual del Estado.

**- Violación de los artículos 1602, 1603, 1613 y 1614 del Código Civil**

Al respecto indica que la firma contratista no sujetó su proceder a los postulados de la buena fe obligándose no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, es decir, la utilización de las obras entregadas y los bienes recibidos.

Sostiene que en la presente causa, el contratista no cumplió con sus obligaciones contractuales generándose de esta manera perjuicios a la entidad, por ende al habersele cancelado a la firma contratista la totalidad de lo pactado en el contrato y al no haberse cumplido por parte de este con la estabilidad y calidad de la obra además del correcto funcionamiento de los bienes entregados, procede la declaratoria de incumplimiento contractual y, consecuentemente, el pago de los perjuicios ocasionados.

**- Incumplimiento contractual**

Refiere que de conformidad con lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil, el contrato constituye ley para las partes y es de obligatorio cumplimiento, en este sentido, se tiene que el contratista incumplió el contrato No. 100215312-210-0-2013 suscrito con la entidad, en lo que respecta a la garantía de calidad y correcto funcionamiento de los bienes entregados.

Explica que el pliego de condiciones estableció la cobertura mínima que debía tener la garantía y correcto funcionamiento de los bienes que el contratista entregara en ejecución del contrato. Igualmente, estableció como criterio para la asignación de puntaje, el ofrecimiento sin costo adicional a cargo de la entidad, de una garantía suplementaria a la legal que ampliara y mejorara la cobertura de la garantía de calidad inicial. Es así que el contratista se obligó a amparar la calidad de los bienes en la ejecución del contrato por un término de cuatro (4) años contados a partir del recibo final.

## SIGCMA

Indica que cuando se recibieron las obras por parte de la entidad el día seis (6) de mayo de 2015, con los funcionarios de la supervisión e interventor, se pudo observar que faltaban muchos ítems para el cumplimiento del contrato, razón por la cual se realizaron varios requerimientos al contratista a fin de que cumpliera lo estipulado en el contrato en lo concerniente al mantenimiento preventivo y correctivo de los bienes, así como de las garantías y estabilidad de la obra. No obstante, manifiestan que a la fecha de presentación de la demanda el deterioro de los bienes es notorio al punto que ya no funcionan tres equipos, y no se ha realizado un solo mantenimiento de la red eléctrica.

Con fundamento en lo anterior, expresa que se puede afirmar que la garantía ofrecida respecto de los bienes entregados por el contratista nunca se cumplió.

### - Daños y perjuicios

Señala que se encuentran fuera de funcionamiento tres (3) equipos de aire acondicionados, referenciados así:

BIEN	CANTIDAD	VALOR SEGÚN CONTRATO
Minisplit de 12.000 BTU 1 tonelada	1	\$1.577.343 Antes AIU
Minisplit de 12.000 BTU 1 tonelada	1	\$1.577.343 Antes AIU
Minisplit de 9.000 BTU 0.75 tonelada	1	\$975.227 Antes AIU

En cuanto al costo de los mantenimientos preventivos para los equipos eléctricos, indica que, según estudio de mercado realizado, el mismo asciende a la suma de \$26.314.863.66.

Respecto al sistema séptico, indica que se elaboró un estudio técnico a fin de determinar los costos de esa actividad, los cuales ascienden la suma de \$44.814.510.00.

Para el caso de los puntos de red, señala que el costo de los mismos se determina actualizando el valor del punto contratado, el cual fue la suma de \$ 2.070.484.00.

Finalmente indica que las actividades para evitar el daño estructurado se cotizaron en la suma de \$12.169.013.00.

### **- CONTESTACIÓN**

La sociedad demandada dentro de la oportunidad legal dio contestación a la demanda en los siguientes términos:

Frente a los hechos 1° al 6°, 8° y 16 de la demanda, manifiesta ser ciertos; sobre el hecho séptimo, indica no ser cierto, toda vez que precisa que la fecha señalada – 6 de mayo 2017- no corresponde a la realidad, pues el contrato finalizó el mes de abril de 2015, en tal sentido afirma que no resulta lógico que dos años después se haya procedido a la celebración de dicha acta. Advierte que no se relacionan cuáles son los pendientes que se observaron en el acta de entrega final, por lo que el hecho es oscuro y ambiguo.

En cuanto al hecho 9, refiere no constarle. Sobre el hecho 10, afirma atenerse a lo que se pruebe con ocasión del debate probatorio, manifiesta que, de conformidad con el pliego de condiciones, los mantenimientos correctivos y preventivos deben realizarse conforme al manual del fabricante de los equipos de aire acondicionado instalados con ocasión de la ejecución del contrato, el cual reposa en poder de la entidad demandante, pues, al finalizar las labores contratadas se hizo entrega formal de los aires.

Respecto del hecho 11, manifiesta que no es cierto, dado que se afirma que no se hizo el mantenimiento de algunos equipos técnicos y electrónicos con ocasión del contrato; afirma que, sin embargo, no señala cuales fueron con claridad y debidamente identificados los equipos que presuntamente no fueron objeto de mantenimiento, en razón de lo cual se dificulta ejercer su derecho de defensa y contradicción al respecto.

Indica que el hecho 12 no es cierto, toda vez que, afirma las labores y pendientes relacionadas fueron atendidas por el contratista. Sobre el hecho 13, manifiesta que no es cierto, en la medida que no está probado dentro de la demanda que los daños que aduce la demandante respecto del pozo séptico y el sistema adyacente al mismo, sea como consecuencia de las obras realizadas; sin embargo, aduce que si en gracia de discusión se analiza el daño mencionado, el mismo proviene de los

diseños previos que suministró la entidad al momento de la estructuración del proceso contractual.

Sobre el hecho 14, señala no ser cierto, en la medida que los puntos fueron instalados conforme a las especificaciones técnicas expresadas en los estudios y diseños previos contenidos en el pliego de condiciones, las fallas que afirma la demandante se presentan, pueden obedecer a factores externos o causas extrañas al giro de sus actividades. Los hechos 15 y 17, indica que son parcialmente ciertos, en la medida que no se puede desconocer la existencia y envío de los documentos que se mencionan, sin embargo, la valoración sobre el incumplimiento que se manifiestan en dichos documentos es objeto de discusión dentro de la litis.

En cuanto a las pretensiones, expresa su oposición a todas y cada una de ellas, pues señala que no le asiste razón ni de hecho ni de derecho, toda vez que las mismas resultan infundadas como quiera que los daños aludidos por la demandante no están probados y tampoco el incumplimiento del contrato estatal objeto de esta controversia.

Propuso las siguientes excepciones:

**1. Inepta demanda por daño no probado y ausencia de nexo de causalidad**

Solicita declarar la excepción de inepta demanda, pues la misma no da cuenta de todos los elementos para la configuración de la responsabilidad contractual en la medida que el incumplimiento solicitado por la entidad no acredita la existencia real y material del presunto daño, así como tampoco, que los presuntos daños sean imputables al actuar o la omisión por parte de la contratista. Argumenta que, si en gracia de discusión se tienen en cuenta los documentos aportados como configuración del daño, de estos no se evidencia el nexo de causalidad con las acciones y omisiones que haya desplegado, pues no se encuentra probada tal relación.

**2. Hecho superado en cuanto a las obras pendientes en el acta final**

Manifiesta que si bien es cierto en su oportunidad se tuvo una serie de obras y oportunidades pendientes por ejecutar a cargo de la contratista y a favor de la

demandante, lo cierto es que, estas obras fueron entregadas en debida forma y por consiguiente el presunto incumplimiento que se reprocha cesó.

### **3. Uso indebido de los bienes y equipos por parte del demandante**

Señala que los equipos de aire acondicionado fueron entregados en debida forma a la demandante y los documentos fueron entregados, como manuales de uso que debía tener el consumidor final. Afirma que la DIAN no ha acreditado el uso adecuado y cumplimiento de las recomendaciones que se indican dentro del manual de operaciones para los equipos, por lo tanto, indica que se hace necesario determinar mediante experticia que el daño sufrido por los equipos de aire acondicionado sea consecuencia de una presunta falta de mantenimiento del contratista conforme lo estipulado en el contrato, o por el contrario, resultado de una mala utilización por parte del demandante. Lo mismo aduce respecto de los presuntos daños presentados en el sistema del pozo séptico y los puntos de redes que alega el demandante, pues indica que, los mismos fueron realizados e instalados conforme a los requerimientos técnicos indicados en los estudios y diseños previos del proceso de contratación.

Finalmente, propone la excepción **genérica**, solicitando declarar la existencia de toda excepción cuyos supuestos de hecho resulten acreditados en el proceso.

#### **- ACTUACIÓN PROCESAL**

La presente demanda fue recibida ante la Oficina de Coordinación Judicial el día ocho (08) de marzo de 2018<sup>1</sup> y admitida por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante providencia del tres (3) de abril de 2018<sup>2</sup>, ordenando su trámite oral y por audiencias.

La sociedad demandada dio contestación a la demanda dentro del término legal<sup>3</sup>.

El día 17 de agosto de 2018 fue celebrada audiencia inicial, de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación, medidas cautelares y decreto de pruebas, declarando la caducidad de la acción, decisión que fue recurrida dentro de la oportunidad legal por la parte actora.

---

<sup>1</sup> Fl. 93 cdno. digital.

<sup>2</sup> Fl. 95-96 cdno. digital.

<sup>3</sup> Fl 109-119 cdno. digital.

Mediante providencia del 19 de septiembre de 2019, la Sección Tercera Subsección A del Consejo de Estado, revocó la decisión adoptada por la Corporación de declarar la caducidad de la acción.

En razón de lo anterior, el día once (11) de marzo de 2020<sup>4</sup>, se dio continuación a la audiencia inicial, saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación, medidas cautelares y decreto de pruebas.

Mediante auto No. 082 del 08 de junio de 2021, se cerró el periodo probatorio.<sup>5</sup> De igual manera, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión; las partes presentaron sus alegatos dentro de la oportunidad legal.<sup>6</sup> El Ministerio Público guardó silencio dentro de la instancia procesal.

## **- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **Parte demandante<sup>7</sup>**

La parte demandante presentó dentro de la oportunidad procesal escrito de alegatos en los siguientes términos:

Sostiene que de las pruebas aportadas al expediente judicial se advierte con plena certeza que existió incumplimiento del contrato de obra No. 100215312- 210-0-2013 del 27 de septiembre de 2013 por parte del contratista ORGANIZACIÓN AYCARDI S.A.S. – Hoy AGOPLAS SAS, razón por la cual se debe acceder a la liquidación judicial del contrato y, consecuentemente, ordenar la condena a cargo de la sociedad contratista al pago de la cláusula penal la cual corresponde a la suma de \$880.950.618.

Como fundamento de la tesis expuesta indica lo siguiente:

### Sobre el incumplimiento del contrato

Manifiesta que es claro que el Contrato No. 100215312-210-0-2013 tenía por objeto

---

<sup>4</sup> Fl. 285-292 cdno. digital 2.

<sup>5</sup> Fl. 54 expediente digital.

<sup>6</sup> Fls. 57-58 cdno. digital.

<sup>7</sup> Fl. 58 del cdno digital.

*"La realización a precios unitarios fijos de las obras de adecuación, reparación, construcción, mantenimiento y dotación de las instalaciones de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés Islas.", y debía ejecutarse en el término de seis (6) meses, por un valor de \$2.939.962.168. sin embargo; tuvo 6 modificaciones, entre ellas cuatro prórrogas en tiempo y dos adiciones en dinero.*

Señala que el incumplimiento de contrato está demostrado y respaldado con abundante material probatorio, pues inicialmente mediante el acta de recibo del día 6 de mayo de 2017, la entidad a través de los supervisores del contrato recibió las obras avaladas por parte del interventor, pero se dejó la constancia y salvedad que existían muchos ítems de obra pendientes por ejecutarse integralmente. Afirma que desde ese momento se le requirió a la sociedad contratista en múltiples oportunidades para que cumpliera con lo estipulado en el contrato, en cuanto a los mantenimientos preventivos y correctivos de los bienes, así como de las garantías y estabilidad de la obra y su correcto funcionamiento, lo que a la fecha no ha ocurrido, en tanto la sociedad contratista no ha podido probar el cumplimiento integral del contrato.

#### Mantenimientos de los aires acondicionados

Al respecto sostiene que el contratista demandado no cumplió el Contrato No. 100215312-210-0- 2013, por cuanto solo hizo 8 mantenimientos preventivos a los aires acondicionados de los 28 contratados, los mismos debieron hacerse desde el mes de mayo de 2015 y solo se realizaron hasta el mes de octubre de 2016.

Indica que se encuentra probado con los documentos allegados, las dos pruebas periciales practicadas y con las declaraciones juramentadas de la ingeniera Marcela Rodríguez y el arquitecto Jorge Alberto Peña Morales, que la falla de los aires acondicionados se dio por falta de mantenimiento preventivo de acuerdo al manual de mantenimiento.

#### Mantenimiento de algunos equipos eléctricos

Asevera que se encuentra probado de acuerdo a los documentos que se allegaron al plenario como prueba, que la firma contratista no realizó mantenimiento de los equipos eléctricos, pues según los manuales de mantenimiento debieron practicarse y no hay prueba alguna que demuestre lo contrario.

De la anterior situación manifiesta que se encuentra - a su parecer - igualmente probada con el informe técnico rendido por los ingenieros Marcela Rodríguez y Jorge Alberto Peña Morales, donde dan cuenta que a la red eléctrica no se le hizo ni un solo mantenimiento a pesar de las especificaciones técnicas de cada producto y que de acuerdo al manual de mantenimiento debían hacerse anualmente.

### **Obra inconclusa**

Sostiene que, en cuanto a la estabilidad y calidad, se encuentra probado que las obras entregadas están incompletas tal y como se señaló en el acta de entrega a la entidad por parte del interventor el día 6 de mayo de 2017, en la cual se deja expresa constancia que faltaron por entregar ítems de obra, las cuales, a la fecha de presentación de la demanda, la firma contratista no demostró haber cumplido a cabalidad con la entrega a satisfacción de la DIAN.

Por otra parte, asevera que no existe prueba que desvirtúe el incumplimiento del contratista. Explica que con los documentos que se aportaron con la demanda, el registro fotográfico y el informe técnico rendido por la ingeniera Marcela Rodríguez y el Arq. Jorge Alberto Peña Morales, se puede probar que se presentaron filtraciones en parte de la cubierta instalada en el edificio, que afectó de manera grave los cielorrasos en madera, cuya explicación no es otra que fue por la deficiente construcción e impermeabilización aplicada en el proceso constructivo de la edificación en la sede de la DIAN de San Andrés.

### **No funcionamiento del pozo séptico**

En lo respecta a este punto, señala que el dictamen pericial realizado erró de manera grave al tener como soporte de sus estudios, las memorias técnicas suministradas por la DIAN y realizadas en el año 2014; puesto que a la contratista se le pagó por realizar unos nuevos diseños y además por la construcción del sistema de tratamiento y el pozo séptico. Luego, la DIAN nunca suministró diseños, fue la misma contratista quien los elaboró y además ejecutó la nueva obra, por lo que es claro que los diseños que la misma contratista suministró fallaron por su culpa y consecuentemente la obra también falló como está probado.

Igualmente indica que el dictamen es totalmente contradictorio, puesto que como lo indicó la perito no fue posible verificar las medidas y volúmenes de cada estructurar y tampoco identificar el funcionamiento del sistema, por ende, mal podría afirmarse que la posible causa del mal funcionamiento fue la falta de limpieza y la no

extracción de lodos y natas de los tanques, y en este orden, dicha acumulación pudo ser la causa del colapso del sistema.

### **Parte demandada**

La sociedad Agopla SAS en el escrito de alegatos de conclusión, señala que se reafirma en todas las manifestaciones dadas por la defensa a lo largo del proceso, la contestación de la demanda y las excepciones de mérito que en su oportunidad fueron formuladas, en consecuencia y de conformidad con lo probado en el proceso, las pretensiones formuladas por la demandante deben ser rechazadas y declararse probadas las excepciones.

Advierte que los argumentos por las presuntas falencias en los mantenimientos preventivos de los equipos de aire acondicionado, pozo séptico, filtraciones y humedad en la edificación, son reclamaciones que se abarcan en los términos de garantía, toda vez que los entregables o actividades inmersas en el negocio estatal ya habían sido recibidas a satisfacción por el extremo demandante, como consta en el plenario, por lo tanto, cualquier tipo de exigencia de garantía, previamente se somete al manual de funcionamiento y operación; reglas del Estatuto del Consumidor, como hoja de ruta en la mediación entre proveedor y consumidor final.

Pone de presente que la DIAN, amparada bajo el contrato de seguro que media las garantías de Agopla SAS, emitió la Resolución Número 003440 del 16 de mayo de 2019, donde declara *“el acaecimiento del siniestro de calidad y correcto funcionamiento de los Bienes y del siniestro de estabilidad de la obra del Contrato N° 100215312-210-0-2013, suscrito entre la UAE-DIAN y a ORGANIZACIÓN AYCARDI S.A.S., hoy AGOPLA S.A.S.- EN REORGANIZACION”*. Explica que este acto administrativo tiene como eje central, las mismos conceptos y alegaciones de la presente litis, con un distanciamiento, su eventual reparación se ha dado en los términos del contrato de seguro del referido negocio estatal.

Así las cosas, advierte que resultaría superfluo una eventual condena, cuando los motivos que lo originan han sido satisfechos por las garantías a fin de cubrir este tipo de escenarios, en razón de lo cual la situación ha sido remediada.

Sobre el presunto daño a los equipos de aires acondicionados, indica que si bien la responsabilidad de los mantenimientos preventivos están en cabeza suya, en el

## SIGCMA

curso del ámbito de las garantías el consumidor final, es decir la DIAN, ha obviado obligaciones esenciales para mantenerlas indemnes, tales como: (i) seguimiento fotográfico de todos los procedimientos. (ii) recomendaciones al debido cuidado, las cuales tiene su fundamento en el literal N1 del manual de funcionamiento, que advierte limpieza semanal de filtros y radiadores de unidad manejadora.

Señala que, en efecto, y conforme las reglas de la Ley 1480 de 2011 en su artículo 162, es aplicable al caso en concreto, bajo la siguiente analogía:

- (i) Principalmente, para alegar el eximente de responsabilidad en términos de garantía, deberá sumariamente probar la respectiva entrega del manual de funcionamiento o mantenimiento del bien, hecho que, para el caso, se ha cumplido a satisfacción en el Acta de Entrega Final del proyecto y, sosteniéndolo de la manifestación realizada por la ingeniera Marcela Rodríguez, de tal modo la procedibilidad sobre este aparte conforme el debate probatorio, tal obligación ha sido cumplida plenamente.
- (ii) Se deberá probar el nexo de causalidad entre el daño alegado y el incumplimiento de deberes sobre el uso indebido del bien por el consumidor. Sobre esto, afirma que es claro el perito dentro del acervo probatorio que son conexas las limpiezas semanales a filtros, radiadores, unidad manejadora en los términos del mantenimiento preventivo, toda vez que un desacato del manual de funcionamiento en lo respectivo a su uso hará más gravosa su pérdida de vida útil, hecho que para el caso fue el detonante en la pérdida de garantía por parte del extremo demandante.

Precisa que tal y como lo constata el material probatorio, no existe prueba que meramente corrobore el acatamiento por parte del extremo demandante en lo respectivo al debido cuidado, que deberá colegirse en material fotográfico, mediante bitácora de forma semanal. Por ende, y enfáticos en lo descrito por el mismo manual de funcionamiento, en el evento que no se atienda sus debidas instrucciones, tendrá como efecto principal en las garantías pospuestas su pérdida, por el indebido uso del bien suministrado por parte del consumidor final, es decir, la DIAN.

Sobre el presunto daño al pozo séptico, manifiesta que analizado el acervo probatorio, en primer lugar, advierte que la entidad no ha realizado ninguna actividad

en lo atinente a los presuntos daños alegados. Explica que el extremo demandante, no posee bitácoras de debido cuidado, en las cuales debía realizar actividades tales como: limpieza de viga canales para cubiertas, sustracción de lodos a través de los cajones. Sostiene que el pozo séptico fue entregado en debida forma, toda vez que no se presentaron observaciones a su recibo.

Menciona que el perito concluye de forma directa que en su visita no se evidenciaron daños al pozo séptico, devoluciones o alguna otra apreciación que permita dilucidar cualquier tipo de anomalía en el sistema debidamente entregado a satisfacción, lo cual, no solamente corrobora la excepción por daño no probado, sino también del plenario no hay prueba que sustente lo contrario. Por tal razón, afirma que al no existir daño, requisito esencial para la responsabilidad contractual, se encuentra eximida de cualquier tipo de reparación o reconocimiento en favor del extremo demandante.

Señala que una de las actividades principales del debido cuidado conforme al Manual de Funcionamiento que debe tener el consumidor final, es la limpieza de la zona donde está el tanque séptico, situación que no se evidenció por lo que concluye que se está ante una situación de un total abandono por parte del consumidor. Advierte que el perito reitera que el extremo demandante no posee bitácoras de mantenimiento, debido cuidado, que pudiere corroborar los presuntos daños alegados, por lo tanto, es claro que no existe prueba que acredite las diferentes alegaciones que refiere el demandante en la litis, por lo tanto, afirma que ante ese escenario es clara la inexistencia del daño para el presente caso.

Sobre los daños en la cubierta y filtraciones señala que el ingeniero Jorge Alberto Peña Morales, advierte de forma libre y espontánea que el extremo demandante, no ha realizado los deberes mínimos de debido cuidado sobre las cubiertas, pues es claro que, conforme el manual de funcionamiento y operación deberá limpiar las viga canales, limpieza de los tanques y cajones. Sobre esto, enfatiza que el testigo manifestó que no poseen bitácoras de mantenimiento en lo atinente al debido cuidado, lo cual, se configura en la existencia de la eximente de responsabilidad enmarcado en el artículo 16 del Estatuto del Consumidor.

Así las cosas, concluye que los elementos centrales de defensa expresados en las excepciones de mérito que fueron formuladas con ocasión de la contestación de la demanda que dio inicio a la presente litis se encuentran plenamente probadas, en

concreto, la ausencia y no prueba de los daños como fuente del presunto incumplimiento, así como, la ausencia del nexo de causalidad, aunado al uso indebido de los bienes suministrados por parte de la demandante como eximente de la responsabilidad y garantía de los mismos.

### **III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público guardó silencio dentro de la oportunidad procesal.

### **IV. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala decidir el medio de control de controversias contractuales planteada por la DIAN contra la Organización Aycardi S.A.S., hoy AGOPLA SAS.

#### **COMPETENCIA, CADUCIDAD Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN.**

En lo que atañe a los presupuestos procesales de competencia, caducidad y procedibilidad de la acción, estos fueron resueltos en la audiencia inicial llevada a cabo el día once (11) de marzo de 2020.

#### **- PROBLEMA JURÍDICO**

En esta oportunidad le corresponde a la Sala determinar si de parte de la sociedad Organización Aycardi S.A.S. hoy Agopla S.A.S. hubo incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato No. 100215312-2010-0-2013 suscrito con la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN y, en consecuencia, si hay lugar a condenar al pago de la cláusula penal. De igual manera corresponde efectuar la liquidación judicial del contrato ya indicado.

#### **- TESIS**

La Sala considera acreditado el incumplimiento parcial de las obligaciones contraídas en el contrato No. 100215312-2010-0-2013 suscrito entre la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN y la sociedad Organización Aycardi S.A.S. hoy Agopla S.A.S., en consecuencia, resulta procedente la condena al pago de la cláusula penal pactada entre las partes.

## Hechos jurídicamente relevantes

Mediante la valoración de las pruebas legal y oportunamente allegadas al plenario, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

### a) El contrato celebrado

La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN y la sociedad Organización Aycardi S.A.S. hoy Agopla S.A.S. celebraron, previo proceso licitatorio, el contrato de obra pública No. 100215312-2010-0-2013<sup>8</sup>, cuyo objeto consistió en *“la realización a precios unitarios fijos de las obras de adecuación, reparación, construcción, mantenimiento y dotación de las instalaciones de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés Islas”*

De conformidad con el pliego de condiciones, el alcance del objeto del contrato consistía en lo siguiente:

#### 1.1.1. ALCANCE DEL OBJETO DEL CONTRATO

Las obras de adecuación, reparación, construcción, mantenimiento y dotación se ejecutarán en las instalaciones de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés Islas, ubicada en la calle 18 No. 1E-380 Avenida Newball-Muelle Marítimo de la ciudad de San Andrés, Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

INFORMACIÓN BÁSICA DEL INMUEBLE	
CIUDAD	San Andrés
DEPARTAMENTO	Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
DIRECCIÓN	Calle 18 No. 1E-380 (Avenida Newball-Muelle Marítimo)
VETUSTES	40 años de construcción aproximadamente
ÁREA TOTAL CONSTRUIDA	2.060 metros cuadrados (m2)
ALTURA	Un piso, bodega a doble altura, con un área libre de 7.00m aproximadamente
CONFORMACIÓN	Edificio construido en módulo o bloques para el funcionamiento de las diferentes dependencias. Bodega en obra gris, a doble altura 7.00m, para el funcionamiento de los depósitos de archivos, mercancías y bienes y adecuación de auditorio de conferencias

El contrato que surja de esta Licitación se desarrollará de acuerdo a lo establecido en el presente pliego de condiciones, especialmente lo contenido en el ANEXO No. 1 denominado “ANEXO

<sup>8</sup>Ver CD-Folio 67 de la Carpeta -6-parte1

TECNICO" que incluye los requerimientos técnicos mínimos y especificaciones técnicas particulares y el ANEXO No. 5 denominado "Manual de especificaciones técnicas generales de LA DIAN, así como los planos y diseños que suministre la entidad, cuando se requiere.

Y como obras o actividades a desarrollar se estipularon las siguientes:

**a. BODEGA ALMACENAMIENTO**

Revisión reparación y mantenimiento de la ventana de aluminio de toda la fachada (interior y exterior)

Mantenimiento, reparación de muros de concreto de las fachadas (interna y externa)

Cambio de puertas de un acceso principal de auditorio e instalaciones de puertas de acceso a bodegas de almacenamiento.

Construcción de acceso a bodegas de almacenamiento

Construcción de muros de concreto y fachada de acceso y halles de depósito.

Adecuación de inmediaciones y llegadas a depósito y auditorio.

Construcción de andén perimetral.

Construcción de canales y filtros de recolección de aguas lluvias.

Construcción de desagües de aguas lluvias.

Construcción de instalaciones hidro-sanitarias y adecuación conexión a pozo séptico.

Construcción de sistema de filtración perimetral y sistema de recolección de aguas lluvias y su tratamiento para consumo humano.

Revisión, adecuación y reforzamiento de estructura metálica de cubierta.

Ajuste de estructura metálica para mejoramiento de la recolección de aguas de la cubierta y su encauzamiento hacia las partes bajas utilizando canales y bajantes.

Cambio de cubierta, utilizando cubierta en policarbonato.

Construcción de cubierta plana y mantenimiento de cubierta plana existente.

Reparación y adecuación de bases de piso para auditorio.

Instalación de pisos para depósito y piso para auditorio.

Construcción y adecuación de dos baterías sanitarias y terminación y dotación de 2 baterías sanitarias.

Enchape y dotación de baterías sanitarias.

Construcción de puntos de cableado para auditorio y archivo.

Instalación de equipo de aire acondicionado para auditorio y oficinas de archivos y depósitos.

Instalación de sistema de iluminación de las bodegas.

Construcción de instalaciones eléctricas, iluminación exterior, sistema de sonido en auditorio y seguridad perimetral en la bodega.

Instalación de ciertos rasos en zona de auditorio y bodega de almacenamiento de archivo.

Adecuación de acústicas en auditorio.

**b. EDIFICACIONES O MODULOS DE OFICINAS**

Actualización y repotenciación de subestación eléctrica y planta eléctrica de emergencia.

Repotenciación y optimización de sistemas de aire acondicionado de las oficinas

Repotenciación y optimización de sistema de iluminación y alumbrado exterior.

Actualización de instalaciones eléctricas generales y acometidas de baja y media tensión.

Mantenimiento de acabados internos y externos de las áreas de oficinas.

Mantenimiento de las cubiertas de los cobertizos o halles de circulación entre los diversos módulos.

Mantenimiento, reparación y cambio general de cubiertas.

Adecuación de punto de contacto en la zona que actualmente se encuentra destinada a archivo central, para facilidad y acceso del contribuyente y el usuario.

Pintura general de las sedes

Construcción de sistemas de cableado estructurado, sistema de seguridad interna y en las inmediaciones.

Reparación de cubiertas de parqueo de motocicletas.

Adecuación de zona de parqueo interno.

Construcción de andenes exteriores y adecuación de accesos peatonal y vehicular.

Remodelación y optimización de baterías sanitarias.

Reparación y construcción de cerramiento de predio.

Mantenimiento y optimización del sistema de recolección de aguas y sistema de tratamiento de agua potable.

El valor estimado en el contrato fue de dos mil novecientos treinta y nueve millones novecientos sesenta y dos mil ciento sesenta y ocho pesos (\$2.939.962.168) M/Cte, y como forma de pago, se pactó la entrega de un anticipo equivalente al 50% del valor total del contrato previa constitución de fiducia o patrimonio autónomo. El saldo

se pagaría mediante cuentas mensuales de cobro por concepto de las respectivas actas de recibo de obra ejecutada. En cuanto al plazo para la ejecución de las obras, se dispuso el término de seis (6) meses, a partir de la fecha de firma del acta de iniciación del contrato suscrita entre el contratista, el interventor y el supervisor a nivel nacional designado por la DIAN, previo cumplimiento de requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato. Finalmente, como vigencia del contrato se estableció el plazo de ejecución (6 meses), más el término para la liquidación, el cual se determinó en seis (6) meses.

En cuanto a las obligaciones del contratista y la entidad, en el contrato se dispuso:

**“11) OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:** 1) Cumplir lo previsto en los Estudios Previos y/o Especificaciones especiales del contrato o pliego de condiciones, según corresponda, así como en la propuesta presentada. 2) Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales. 3) Atender el objeto del contrato en forma oportuna. 4) Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que se le entregue la copia del contrato y las instrucciones para su legalización, deberá constituir las garantías pactadas en el presente contrato, si hay lugar a ella 5) Dar cumplimiento a las obligaciones con el Sistema General de Seguridad Social en salud pensiones y aportes parafiscales, cuando haya lugar, y presentar los documentos respectivos que así lo acrediten, conforme lo establecido en el Decreto 1703 de 2002, Decreto 510 de 05 de marzo de 2003, las Leyes 789 de 2002, 828 de 2003, 1122 de 2007, 1150 de 2007 y demás normas que las adicionen, complementen o modifiquen. 6) En general las que se desprenden de la naturaleza del contrato y de su objeto. **12) OBLIGACIONES DE LA DIAN:** 1. Pagar en la forma establecida en la cláusula Forma de Pago las facturas presentadas por el contratista. 2. Cumplir y hacer cumplir las condiciones pactadas en el contrato y en los documentos que de él forman parte.

(...”)

Por otra parte, se establecieron en el contrato las siguientes garantías:

**“BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSION DEL ANTICIPO.** Por un valor equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el Contratista reciba a título de anticipo para la ejecución del contrato y con una vigencia igual al término de ejecución del contrato más el término de liquidación.

**CUMPLIMIENTO:** Por un valor equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato. Con una vigencia de cinco (5) años contados a partir del acta de entrega y recibo a satisfacción de la obra por parte de la interventoría y la DIAN.

**CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS.** Por un valor equivalente al veinte (20%) del valor total de los bienes y equipos suministrados y con una vigencia igual a cuatro (4) años contados a partir del recibo a satisfacción de los bienes.

**PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES:** Por un valor equivalente mínimo al diez por ciento (10%) del valor total del contrato y deberá extenderse por el plazo de ejecución del contrato y tres (3) años más.

**POLIZA DE SEGUROS: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL:** Por un valor equivalente al cinco (5%) del valor total del contrato y en ningún caso inferior a doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (200) SMMLV. Con una vigencia igual al término de ejecución del contrato.”

**b) La ejecución del contrato**

Se encuentra acreditado que el contrato No. 100215312-210-0-2013, a lo largo de su ejecución, fue objeto de ocho (8) modificaciones y tres (3) suspensiones, en los siguientes términos:

<b>Fecha de iniciación</b>	20 de noviembre de 2013	<b>Fecha de terminación</b>	17 de abril de 2015
<b>Plazo inicial</b>	Seis (6) meses, a partir de la fecha de firma del acta de iniciación del contrato suscrita entre el contratista, el interventor y el supervisor a nivel nacional designado por la DIAN	<b>Valor inicial del contrato</b>	\$2,939,962,168,00
		<b>Valor de anticipo</b>	\$1,469,981,084,00

Expediente:88-001-23-33-000-2018-00010-00  
 Demandante: DIAN  
 Demandado: Organización Aycardi S.A.S. Hoy AGOPLA SAS  
 Medio de control: Controversias Contractuales

**SIGCMA**

Datos de prórrogas			Datos adicionales		
Modificación	Plazo	Plazo total	Modificación	Valor	Valor total
No. 1	Cuatro (4) Meses	Diez (10) meses, hasta el 20 de septiembre del 2014.	No. 1	N/A	N/A
No. 2	N/A	N/A	No. 2	\$1.424.768.279, 00	\$ 4.364.730.447,00
No. 3	Tres (3) meses	trece (13) meses, hasta el 20 de diciembre de 2014	No. 3	N/A	N/A
No. 4	N/A	N/A	No.4	\$ 110.000.000,00	\$ 4.474.730.447,00
No.5	Cuarenta y dos (42) días calendarios	Hasta el 31 de enero de 2015	No. 5	N/A	N/A
DATOS DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO					
Fecha de suspensión No. 1	Desde el 29 de enero de 2015		Tiempo de suspensión No. 1	Hasta el 1° de marzo de 2015	
Fecha de suspensión No. 2	Desde el 2 de marzo de 2015		Tiempo de suspensión No. 2	Hasta el 19 de marzo de 2015	
No. 8	Veintinueve (29) días calendarios	Desde 20 de marzo de 2015 hasta el 17 de abril de 2015	No.8	N/A	N/A

En este orden, conforme a las adiciones realizadas, se tiene que el contrato de obra No. 100215312-210-0-2013 tuvo como plazo total de ejecución 15 meses y 10 días, siendo la fecha de finalización el día **17 de abril de 2015**. Y como valor total la suma de cuatro mil cuatrocientos setenta y cuatro millones setecientos treinta mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos **(\$4.474.730.447,00) Mcte.**

Por otra parte, se tiene acreditado que de conformidad con lo expuesto en la demanda y ratificado en la contestación, como consecuencia de la ejecución del contrato, la entidad contratante canceló a la Organización Aycardi S.A.S. la suma de cuatro mil cuatrocientos cuatro millones setecientos cincuenta y tres mil ochenta y nueve pesos **(\$4.404.753.089,00)**.

Ahora bien, de conformidad con el acta de entrega final de obra de fecha seis (6) de mayo de 2015<sup>9</sup>, la interventoría realizó entrega de las obras e instalaciones ejecutadas por el contratista- Organización Aycardi S.A.S. En dicha acta se dejó constancia que la obra entregada presenta detalles que debían ser ejecutados por el contratista antes del 15 de junio de 2015, esto con la finalidad de expedir el correspondiente recibo final a satisfacción.

<sup>9</sup> Folio 62 Carpeta No. 8 parte 3

“Así mismo, se deja constancia que la obra entregada presenta detalles que deben ser ejecutados por el contratista antes del 15 de junio de 2015, de acuerdo con el listado anexo, y una vez ejecutados el Director Seccional, la jefe de la División de Gestión Administrativa y Financiera y el Director de Interventoría expedirán el correspondiente recibo satisfactorio de los mismos.”

Como listado de pendientes, se encuentran los siguientes:

<b>ACTIVIDADES PENDIENTES</b>
Marcación de tableros eléctricos de auditorio
Resanes de muros en auditorio, oficina de archivo, bodega archiva y oficina bodega mercancía. Se debe resanar con pañete, estucar y pintar.
Tapar espacios superiores e inferiores en los marcos de ventanas de auditorio, bodega, almacén, y archivo, se debe resanar y pintar.
Arreglar desagüe de aire acondicionado de oficina archive, que se desadapta fácilmente y tapar con canaleta
Enchapar borde de puertas de acceso a auditorio, con porcelanato, cambia de dos piezas de porcelanato, y elaborar orificio para pasadores de piso de las puertas con herramienta apropiada.
Revisar chapa y pasadores de la puerta de acceso auditorio y archiva, ya que no funciona correctamente y el recorrido del pasador es corto, dejando expuesto el mismo.
Cambio de vidrio fijo de parte inferior ventana punto de contacto. Debe ser vidrio de seguridad de 8mm, igual a los demás.
Suministro e instalación de pomo de ducha de baño del Director Seccional.

En lo que respecta a los equipos de aire acondicionados, la parte actora afirma haber recibido a satisfacción los siguientes equipos<sup>10</sup>:

<b>ÍTEM</b>	<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>UND</b>	<b>CANT TOTAL EQUIPOS</b>
1	Equipo de acondicionamiento de aire del Tipo Paquete 7,5 TR, 90.000 BTUH, 3000 CFM,220V/60/3, R-410A, SEER13	UN	2
2	Equipo de acondicionamiento de aire del Tipo Split de 5 TR, 60.000 BTUH, 2000 CFM,220V/60/3, R-410A, SEER13	UN	3
3	Equipo de acondicionamiento de aire del Tipo MiniSplit Techo de 3 TR, 36.000 BTUH, 1200 CFM,220V/60/3, R-410A, SEER14	UN	1

<sup>10</sup> Ver folio 7 del dictamen pericial allegado por la DIAN junto con la demanda.

4	Equipo de acondicionamiento de aire del Tipo Mini Split de 2 TR, 24.000 BTUH, 220V/60/1, R-410, SEER13	UN	2
5	Equipo de acondicionamiento de aire del Tipo Mini Split de 1,5 TR, 18.000 BTUH, 220V/60/1, R-410, SEER13	UN	12
6	Equipo de acondicionamiento de aire del Tipo Mini Split de 1 TR, 12.000 BTUH, 220V/60/1, R-410, SEER13	UN	7
7	Equipo de acondicionamiento de aire del Tipo Mini Split de 3/4 TR, 9.000 BTUH, 220V/60/1, R-22 SEER10	UN	3

A través de la Resolución No. 005500 del 29 de julio de 2016<sup>11</sup>, el Subdirector de Gestión de Recursos Físicos de la DIAN, declaró la ocurrencia del siniestro de calidad y correcto funcionamiento de bienes y equipos suministrados del contrato No. 100215312-210-0-2013, por el incumplimiento de la realización de 15 mantenimientos preventivos de los 30 equipos y el daño de 19 equipos de aire acondicionado entregados e instalados por el contratista Organización Aycardi S.A.S. y como consecuencia de lo anterior, ordenó hacer efectiva la garantía de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados.

Tanto el contratista como la compañía de seguros-Compañía Mundial de Seguros S.A., presentaron recurso de reposición contra el mencionado acto administrativo, los cuales fueron resueltos mediante Resolución No. 007742 del 22 de octubre de 2016, la cual dispuso lo siguiente.

**ARTÍCULO PRIMERO: REVOCAR** la Resolución No. 5500 de julio 29 de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL-DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES UAE-DIAN**.

**ARTÍCULO SEGUNDO: CONMINAR** a la **ORGANIZACIÓN AYCARDI SAS**, identificada con el NIT 830.132.864-4 representada por **CESAR AUGUSTO MORENO MONTES**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.954.245, al cumplimiento de su obligación contractual de efectuar los mantenimientos correctivos o reparaciones de los bienes entregados a la DIAN en ejercicio del Contrato No. 1002153-210-0-2013, que a la fecha no funcionan y que se encuentran ubicados en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés, para lo cual, deberá entregar al supervisor del contrato un cronograma dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de la notificación del presente acto.

**ARTÍCULO TERCERO: CONMINAR** a la **ORGANIZACIÓN AYCARDI SAS** al cumplimiento de su obligación contractual de efectuar los mantenimientos preventivos de los bienes entregados a la DIAN en ejecución del Contrato No. 1002153-210-0-2013, que se encuentran ubicados en la Dirección Seccional de Impuestos y aduanas de san Andrés, con la periodicidad establecida en los

<sup>11</sup> Ver folios 1 al 27 de documento No. 9 parte 2-carpeta de anexos.

manuales de uso de dichos bienes, durante el periodo de la garantía de calidad y correcto funcionamiento, que es de cuatro (4) años contados a partir del recibo a satisfacción a la DIAN, para lo cual deberá entregar al supervisor del contrato un cronograma dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de la notificación del presente acto.

**ARTÍCULO CUARTO: CONMINAR a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGURO S.A.** a realizar un efectivo seguimiento al cumplimiento de las obligaciones de realizar los mantenimientos preventivos y correctivos de los bienes entregados a la DIAN en ejecución del contrato No. 1002153-210-0-2013, de conformidad con el manual de operaciones y mantenimiento del fabricante por parte de la **ORGANIZACIÓN AYCARDI SAS**, para evitar que pierda su voluntad de cumplimiento y reincida en su incumplimiento durante el periodo de la garantía de calidad otorgada, que es de cuatro (4) años contados a partir de la entrega de los bienes, para lo cual, el supervisor del contrato remitirá los cronogramas allegados por el contratista.

(...)

Finalmente da cuenta el plenario que se realizaron los siguientes mantenimientos preventivos:

<b>Año</b>	<b>Mes</b>	<b>Periodo</b>
2016	Noviembre	Del 21 al 24
2016	Diciembre	Del 26 al 29
2017	Enero	Del 24 al 27
2017	Febrero	Del 21 al 24
2017	Marzo	Del 22 al 27
2017	Abril	Del 25 al 28
2017	Junio -Julio	Del 30 al 07
2017	Agosto	Del 2 al 16
2017	Septiembre	Del 6 al 12
2017	Octubre	Del 10 al 13
2017	Noviembre	1, 2, 7 y 8
2017	Diciembre	Del 19 al 21
2018	Enero	Del 19, 24, 25 y 26
2018	Febrero	17, 19, 20 y 21

Relación de equipos objeto de los mantenimientos preventivos antes relacionados:

<b>Tipo de equipo</b>	<b>cantidad</b>	<b>Capacidad</b>	<b>Marca</b>
-----------------------	-----------------	------------------	--------------

Expediente:88-001-23-33-000-2018-00010-00  
 Demandante: DIAN  
 Demandado: Organización Aycardi S.A.S. Hoy AGOPLA SAS  
 Medio de control: Controversias Contractuales

**SIGCMA**

Minisplit	3	9000 BTU 0.75TN	CIAC CARRIER
Minisplit	7	12000BTU 1 TN	CIAC CARRIER
Minisplit	12	18000 BTU1.5 TN	CIAC CARRIER
Minisplit	2	24000 BTU 2 TN	CIAC CARRIER
Piso techo	1	36000BTU 3 TN	CIAC CARRIER
Split	3	60000BTU 5TN	CIAC CARRIER
Central	2	90000 BTU 7.5TN	CIAC CARRIER

Respecto a los mantenimientos correctivos realizados por el contratista, da cuenta el plenario de los siguientes:

<b>Año</b>	<b>Mes</b>	<b>Periodo</b>
2016	Noviembre	Del 21 al 24
2016	Diciembre	Del 26 al 29
2017	Febrero	Del 21 al 24
2017	Junio-Julio	Del 30 al 7
2017	Agosto	Del 2 al 16
2017	Septiembre	22
2017	Octubre	19
2017	Noviembre	17
2017	Diciembre	Del 19 y 20

**- CASO CONCRETO**

Observa la Sala que los presuntos incumplimientos que imputa la entidad contratante a la sociedad Organización Aycardi S.A.S. hoy Agopla S.A.S. hacen referencia a las siguientes situaciones, de las cuales se procederá a realizar el análisis de cada una de ellas con la finalidad de verificar su existencia y el grado de responsabilidad:

1. Indebido acatamiento del contrato No. 100215312-210-0-2013, por cuanto solo hizo 8 mantenimientos preventivos a los aires acondicionados de los 28 que debía realizar.
2. Indebido acatamiento del contrato No. 100215312-210-0-2013, por cuanto no realizó mantenimiento alguno de los equipos eléctricos, dado que los manuales de mantenimiento señalaban que debían practicarse.
3. Incumplimiento del contrato toda vez que quedaron pendientes por realizar las siguientes actividades:
  - ✓ Marcación de tableros eléctricos de auditorio
  - ✓ Resanes de muros en auditorio, oficina archivo, bodega archivo y oficina bodega mercancías. Se debe resanar con pañete, estucar y pintar.
  - ✓ Tapar espacios superiores e inferiores en los marcos de ventanas de auditorio, bodega, almacén y archivo, se debe resanar y pintar.
  - ✓ Arreglar desagüe de aire acondicionado de oficina archivo que se desadapta fácilmente y tapar con canaleta.
  - ✓ Enchapar borde de puertas de acceso a auditorio con porcelanato, cambio de dos piezas de porcelanato y elaborar orificio para pasadores de piso de las puertas con herramienta apropiada.
  - ✓ Revisar las chapas y pasadores de las puertas de acceso auditorio y archivo, ya que no funcionan correctamente y el recorrido del pasador es corto, dejando expuesto el mismo.
  - ✓ Cambio de vidrio fijo de parte inferior ventana punto de contacto. Debe ser vidrio de seguridad de 8 mm, igual a los demás.
  - ✓ Suministro e instalación de pomo de ducha de baño del director seccional.
4. Incumplimiento del contrato No. 100215312-210-0-2013, toda vez que existe incorrecto funcionamiento del pozo séptico.
5. Incumplimiento del contrato No. 100215312-210-0-2013, por cuanto los puntos de red instalados no funcionan.
6. Fallas de la impermeabilización en la cubierta de teja shingle.

### **Del mantenimiento y deterioro de los equipos de aire acondicionados**

Al respecto alega la entidad demandante que el contratista se obligó a brindar la garantía de los bienes entregados durante el término de cuatro años, esto es, desde

el día 17 de abril de 2015 (fecha de entrega de los bienes a la entidad) hasta el 17 de abril de 2019. Señala que pese a los diferentes requerimientos realizados por la supervisión del contrato al contratista-Sociedad Aycardi S.A.S., el mismo no cumplió a cabalidad con su obligación de efectuar los mantenimientos preventivos a los equipos de aire acondicionado, toda vez que a la fecha de presentación de la demanda solo se habían realizado ocho (8) de los 28 mantenimientos que debieron haberse realizado, por lo que es notorio el deterioro de los equipos entregados, al punto que tres (3) de los equipos no funcionan.

Por su parte, la sociedad demandada sostiene que a la fecha la entidad demandante no ha acreditado el uso adecuado y cumplimiento de las recomendaciones que se indican dentro del manual de operaciones para los equipos; por lo que a su parecer, se hace necesario determinar que los daños a los equipos que alega la entidad contratante no se debieron a una presunta falta de mantenimiento sino que por el contrario, son el resultado de la mala utilización de los mismos por parte de la demandante.

En este punto procede la Sala a realizar el siguiente análisis:

En lo que se refiere al mantenimiento de los equipos de aire acondicionados, el pliego de condiciones estableció la siguiente obligación a cargo del contratista:

**“7.8.22. MANTENIMIENTO DE BIENES Y EQUIPOS**

El contratista deberá garantizar sobre los equipos eléctricos o electromecánicos a suministrar e instalar, es decir, plantas eléctricas, transformadores, UPS, bancos de condensadores y seccionadores, **equipos de aire acondicionados y ventilación**, bombas de sistemas hidráulicos y de aguas lluvias, entre otros, el mantenimiento preventivo y correctivo durante veinticuatro meses (24) y el periodo adicional ofrecido en la oferta para la asignación de puntos de conformidad con lo establecido en el numeral 5.2.3 del presente pliego de condiciones.” (negrillas fuera del texto original)

En cuanto a la frecuencia en que debían realizarse dichos mantenimientos, el pliego de condiciones estipuló lo siguiente:

**“5.2.3. Ponderación Técnica-Calidad (máximo 15 puntos)**

Para realizar la ponderación, con su oferta, el proponente deberá presentar una carta en la cual exprese su compromiso para realizar los mantenimientos preventivos y/o correctivos **según la frecuencia que exige el manual del fabricante, durante un término hasta de dos (2) años adicionales al exigido en las obligaciones del contratista del pliego de condiciones**, sobre los

equipos eléctricos o electromecánicos a suministrar o instalar, es decir, plantas eléctricas, equipos eléctricos, transformadores, UPS, bancos de condensadores y seccionadores, **equipos de aires acondicionados** y ventilación, bombas de sistema hidráulicos y de aguas lluvias.” (Negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, en el manual de operaciones y mantenimientos entregado por el contratista, en la sección de aires acondicionados se encuentra consignado lo siguiente:

“Mantenimiento preventivo

Debido a que estos equipos son prácticamente de uso continuo es imprescindible realizar un mantenimiento preventivo mensual que debe ser realizado por técnicos especializados en el área y que realicen las siguientes tareas:

- Inspección general de equipo.
- Medida de presión de gas
- Limpieza general de la unidad condensadora.
- Limpieza general de la unidad manejadora
- Limpieza de filtros de aire.
- Detección y eliminación de puntos de óxido o sulfatación en elementos metálicos haciendo mayor énfasis en la unidad condensadora por ser esta la que está sometida a las agresivas condiciones ambientales de la isla.
- Eliminación de sulfatación y apriete de bornes en puntos de conexión eléctrica.

Independientemente de los trabajos de mantenimiento preventivo sugeridos en los ítems anteriores se recomienda que se realice semanalmente una limpieza de los filtros de la unidad manejadora para mantener la eficiencia del equipo. Este es un procedimiento muy sencillo que se resume en:

- Levante la tapa de la unidad manejadora (unidad interna)
- Retire los filtros
- Lávelos con abundante agua hasta retirar el polvo existente
- Séquelos e instáuelos nuevamente en su sitio.

Es indispensable que el propietario documente todos los procedimientos de mantenimiento y se lleve un registro fotográfico del mismo para mantener las garantías.

Por su parte, la oferta presentada por la sociedad Aycardi S.A.S.- adjudicataria del contrato- en lo que refiere al punto de mantenimiento de bienes y equipos indicó lo siguiente:

- “Garantía adicional de dos años mantenimiento de bienes y equipos durante un término hasta de dos (2) años adicional al exigido en las obligaciones del contratista del pliego de condiciones, sobre los equipos eléctricos: transformadores, UPS, bancos de condensadores y seccionadores, equipos de aire acondicionado y ventilación, bombas de sistemas hidráulicos y de aguas lluvias.”

En este orden, conforme a los documentos citados, no cabe duda que a cargo del contratista se encontraba la obligación de realizar los mantenimientos preventivos a los equipos de aire acondicionado instalados, con la frecuencia que señale el fabricante, y por el término señalado en la propuesta, que para el caso concreto serían mantenimientos preventivos mensuales desde la entrega de los bienes (6 de mayo de 2015) hasta por el término de 4 años (6 de mayo de 2019), es decir, un total de 48 mantenimientos preventivos.

Dentro del plenario se encuentra acreditado que desde la entrega de los equipos de aire acondicionado a la entidad (6 de mayo de 2015) y la fecha de presentación de la demanda (8 de marzo de 2018), el contratista llevó a cabo un total de 13 mantenimientos preventivos de los 34 que debieron haberse efectuado en ese lapso, los cuales en su mayoría fueron ejecutados durante el año 2017.

Igualmente se encuentra acreditado que la entidad, a través de la supervisión del contrato, en múltiples ocasiones requirió al contratista vía correo electrónico con la finalidad que cumpliera con su obligación contractual. Al respecto, se visualizan en el plenario los siguientes requerimientos:

a) Correo electrónico de fecha 5 de agosto de 2015<sup>12</sup>. Remitente: Marcela Rodríguez Perdomo-Coordinadora de Infraestructura-DIAN

Destinatario: [orgaycardi@gmail.com](mailto:orgaycardi@gmail.com), Interventoría DIAN San Andrés

*“La presente es para solicitarle atender la falla que ha presentado el equipo de aire acondicionado del despacho en la sede de San Andrés de la DIAN, en un lapso no mayor a 2 horas a partir de esta comunicación.*

*Igualmente requiero del envío de los soportes de mantenimiento preventivo que se han realizado desde mayo y hasta la fecha en todos los equipos, y verificar el cumplimiento de esta obligación”*

b) Correo electrónico de fecha 19 de agosto de 2015<sup>13</sup>: Remitente: Marcela Rodríguez Perdomo-Coordinadora de Infraestructura-DIAN

Destinatario: [orgaycardi@gmail.com](mailto:orgaycardi@gmail.com), Interventoría DIAN San Andrés

*“La presente es para reportar las fallas que están presentando varios de los equipos de aire acondicionado de la sede San Andrés isla.*

---

<sup>12</sup> Ver folio 23 carpeta No. 8 parte 4

<sup>13</sup> Ver folio 26 carpeta No. 8 parte 4

## SIGCMA

*Se requiere de la atención inmediata por parte del contratista sobre los equipos en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.”*

c) Correo electrónico de fecha 18 de septiembre de 2015<sup>14</sup>, Remitente: Omar Puerta Rincón-Coordinadora de Infraestructura-DIAN

Destinatario: [orgaycardi@gmail.com](mailto:orgaycardi@gmail.com), en el que se manifiesta:

*“(…) me disculpa, pero por estos momentos la única opción es tratar de comunicarme con ustedes por este medio.*

*Como le indico en el asunto, existen temas pendientes cuya resolución resulta fundamental para la liquidación y pago de las sumas a que haya lugar como resultado del acta final de obra y proceder a suscribir la liquidación de la relación contractual.*

- *Existen requerimientos reiterados por parte de la interventoría sobre los documentos faltantes necesarios para efectuar la liquidación del contrato: memorial, manuales rutinas de mantenimiento, paz y salvo, entre otros (ver último oficio de la interventoría del 16 de septiembre)*
- *Existen requerimientos a la DIAN por parte de proveedores del contrato (VENTARÍA, DIVISIONES DE BAÑOS, INSTALACIONES Y EQUIPOS ELECTRICOS Y CIELORASOS) SOBRE SALDOS pendientes de cancelar a ellos, los cuales a pesar que resultan de la relación contractual entre ORGANIZACIÓN AYCARDI SAS y cada uno de ellos, la DIAN no se puede abstraer de los mismos, ad portas de la liquidación del contrato y en estos momentos su atención es necesaria para proceder con la liquidación y pago final.*
- *La DIAN se ha visto precisada a iniciar el proceso de reclamación de la garantía de mantenimiento de los equipos, ya que ORGANIZACIÓN AYCARDI SAS ha guardado silencio, mostrando falta de acción, desatendiendo con ellos sus obligaciones contractuales respecto del mantenimiento preventivo y/o correctivo que debe practicar a los equipos de aire acondicionado, y demás instalados en el edificio por un periodo de 48 meses dentro del objeto contractual.*

---

<sup>14</sup> Ver folio 30 carpeta No. 8 parte 4

## SIGCMA

- *Frente a las observaciones y detalles del acta de recibo de las obras, efectuada en la primera semana del mes de mayo, aún están pendientes algunos puntos, los cuales también deben ser atendidos como requisito para proceder a liquidar el contrato. (...).”*

Para la Sala no cabe duda que el contratista-Organización Aycardi S.A.S. hoy Agopla S.A.S., incumplió su obligación de realizar de forma mensual los mantenimientos preventivos a los equipos de aire acondicionado instalados en la sede de la entidad contratante. A juicio de la Sala, no existe en el plenario prueba alguna que justifique la omisión de la obligación impuesta en el pliego de condiciones y en la propuesta misma presentada, documentos que hacen parte integral del contrato. Por el contrario, evidencia la Sala que solo fue hasta que la entidad dio inicio al proceso de hacer efectiva la póliza de garantía cuando el contratista realizó los mantenimientos señalados, a sabiendas que como él mismo lo indica, en el manual de operaciones entregado a la entidad, y debido al uso continuo de dichos bienes, es imprescindible la realización de mantenimientos preventivos.

En lo que respecta al deterioro de dos (2) de los equipos de aire acondicionado y que de acuerdo con la DIAN tal circunstancia fue consecuencia de la falta de mantenimiento preventivo de los mismos, la Sala para resolver lo pertinente requiere analizar la prueba pericial.

### **Dictamen pericial**

Dentro del trámite del proceso fue decretado dictamen pericial con el objeto que estableciera el origen de los daños presentados en dos equipos de aire acondicionado suministrados por el contratista. Durante la audiencia de contradicción de dictamen pericial, el señor **Jaime Alberto Castro Cárdenas**, respecto a la ubicación de los equipos, indicó que los mismos no estaban instalados en el sitio de origen, sino que estaban en bodega, puesto que ellos (la entidad) habían hecho una reposición por la necesidad que tenían en las oficinas de contar con acondicionamiento de aire.

En cuanto al procedimiento llevado a cabo para rendir el dictamen, manifestó que se tomaron en consideración los aspectos técnicos de la ficha técnica de cada equipo, se midieron las condiciones físicas, el estado en que se encontraron los

equipos y con base en ello emitió su concepto porque no se pudo verificar el funcionamiento de los equipos porque ya estaban desmontados.

En lo que concierne al tiempo de duración que pueden tener los equipos de aire acondicionado en ambientes como el de la isla de San Andrés, el perito indicó que pueden durar entre 2 a 4 años, lo cual depende de la ubicación donde se encuentren los equipos. Expresó que en un área como en la que se encontraban los equipos funcionando se debe hacer un mantenimiento preventivo acorde cada dos meses o tres meses para que su duración y funcionamiento alcance el periodo de dos a cuatro años de vida útil.

Posteriormente el perito absolvió los siguientes cuestionamientos:

**Pregunta:** ¿Cuál es el fundamento que usted tiene para llegar a la conclusión que se presentaron problemas en los aires acondicionados por falta de mantenimiento preventivo?

**Contestó:** Estos equipos en el área de los serpentines, en las unidades exteriores sobre todo ya demostraban su tubería de acuerdo las fotos que envié totalmente desnuda, las aletas con las que hacen parte de la función del disipador de calor del refrigerante, ya había desgastamiento físico. Usted sabe que el punto de salinidad es muy cerca al muelle, un volumen de polvo diario, por consiguiente, la duración va a ser mucho más corta por falta de estos mantenimientos, los cuales había unos mantenimientos preventivos y correctivos

#### **PARTE DEMANDADA**

**Pregunta:** Por favor indique al Despacho ¿En qué condiciones encontró los equipos de aire acondicionado que hacen parte del informe?

**Respuesta:** Estos equipos ya estaban en bodega. Los equipos lo que son las bases y los escudos bastante deteriorados, podridos. Referente a los condensadores en los serpentines ya no existían aletas en algunos, había un equipo que, en la mayoría ya totalmente deteriorado, en el área de las bases de motores, ventiladores que son los que dan la estabilidad para que los motores puedan funcionar, sin ningún tipo de roce entre los mismos muebles estaban podridas, caídas, al igual que los capacitores de marcha de los equipos ya están reventados ya que mostraban su liquido interno. Esto demuestra que a los equipos no se les había hecho su correspondiente mantenimiento.

**Pregunta:** ¿En su visita técnica indique al despacho si se ha entregado por parte de la DIAN bitácoras de mantenimiento preventivo?

**Respuesta:** No doctor. Ellos no tenían ninguna clase de bitácora de mantenimiento preventivo.

**Pregunta:** ¿Indique al despacho si el técnico o el profesional de la DIAN que lo acompañó en la visita ha mencionado en que fecha fueron desmontados los equipos?

**Respuesta:** No doctor. No realmente no me dio esa información.

**Pregunta:** Analizado el manual de mantenimiento de los equipos, indica que hay una responsabilidad de cambio de filtros de aire y limpieza de radiadores, ¿Esto pueden ser catalogados como el debido cuidado que debe tener el consumidor final, es decir, la DIAN?

**Respuesta:** Si. Lo correcto es que la unidad interior, demuestra que no hay demasiado desgastamiento puesto que están protegidas internamente, pero la unidad exterior su desacatamiento físico es bastante fuerte entre un 80 y 90 por ciento.

**Pregunta:** Del Manual de mantenimiento de los aires vemos que la limpieza de radiadores se debe hacer de forma semanal, ¿De lo anterior le dieron algún tipo de bitácora o constancia de mantenimiento?

**Respuesta:** No doctor. No me entregaron ninguna información.

**Pregunta:** ¿Indique al despacho si le ha suministrado el manual de funcionamiento de los equipos?

**Respuesta:** No doctor. No me entregaron ningún tipo de manual.

**Pregunta:** Acorde a su experiencia, ¿La limpieza de filtros y radiadores puede tener alguna injerencia en el normal funcionamiento de un equipo?

**Respuesta:** Si doctor, el mantenimiento cuando se hace adecuadamente el equipo se ve grandemente beneficiado en su rendimiento y en su protección exteriormente.

**Pregunta:** Dentro de su experiencia de 25 años, ¿cuándo ustedes venden un equipo de aire acondicionado, el mantenimiento, es decir, el cambio de filtro y limpieza de radiadores le compete a usted como vendedor o a la persona que le compra el equipo?

**Respuesta:** No, ya le compete los mantenimientos corren por cuenta del comprador, pero a ellos se le cubre un año de garantía.

**Pregunta:** ¿A qué corresponde esa garantía?

**Respuesta:** A los siguientes aspectos: Tarjetas electrónicas, fugas, mal funcionamiento de un motor o ventilador, mal funcionamiento de un compresor, el control inalámbrico o sus respectivos capacitores de marcha que son los que dan funcionamiento y estabilidad del mismo sistema. Eso en la unidad exterior. En la unidad interior, lo que se trata del mantenimiento de filtros de transferencia de aire, que los Glover no estén demasiado incrustados (...) en eso se le cubre la garantía.

**Pregunta:** ¿Si no existe un debido cuidado, es decir, una limpieza semanal de filtros y de radiadores, usted puede ver impactado eso dentro del mantenimiento preventivo?

**Respuesta:** Doctor Si. Porque los mantenimientos generalmente en la línea de los filtros en la unidad de los Split internamente se pueden hacer mensualmente para que haya una mejor transferencia de aire.

**Pregunta:** Acorde al manual de mantenimiento de estos aires, la periodicidad que deben hacerse los mantenimientos es de dos meses, bajo ese entendido, ¿El debido cuidado semanal que debe tener la DIAN es relevante para mantener estos mantenimientos preventivos?

**Respuesta:** Claramente. Adecuadamente en los mantenimientos se muestran que los equipos van a estar funcionando de una mejor manera, mejor rendimiento, bajo consumo de energía y por consiguiente no se presenta tanto deterioro y no se presentaría con frecuencia parte correctiva.

**Pregunta:** Dentro del manual de mantenimiento de los respectivos aires que usted ha revisado, indica que se debe llevar un registro fotográfico de los mantenimientos. ¿Se le ha trasladado tal información?

**Respuesta:** De la Dian hacia mí no señor, ninguna información respecto de los equipos de acuerdo a la necesidades básicas y prioridades de mantenimiento correctivo no señor.

**Pregunta:** Por favor indique al Despacho la periodicidad del lavado de unidad de condensadora y manejadora de los respectivos aires.

**Respuesta:** Generalmente en este clima tropical se hace cada dos meses hay clientes que lo hace trimestralmente hay otros que lo hacen dos veces al año, o sea semestralmente

**Pregunta:** Esa periodicidad que usted habla es de acuerdo a su práctica, ¿el tema de la falta de mantenimiento preventivo puede recaer o agravarse por no llevarse un registro mensual de debidos cuidados como cambios de filtros y de radiadores?

**Respuesta:** Si ya las entidades contratista y contratante tienen una información adecuada y un acuerdo que los mantenimientos deben ser mensuales, pues se debe cumplir y debe haber una bitácora donde debe radicar la parte de operación del mantenimiento preventivo en los cuales debe aparecer los siguientes aspectos: (...)

**Pregunta:** ¿Indique al despacho si para la realización de cambios de filtros y limpieza de radiadores es necesario tener una idoneidad técnica o si cualquier persona con una breve ilustración la puede realizar?

**Respuesta:** No doctor. Realmente la debe realizar una persona que tenga conocimientos puesto que los sistemas se maneja una seguridad industrial y es alta, porque se está en contacto directamente con corriente, por consiguiente, la persona que lo va a hacer debe ser un operador técnico con conocimiento y certificado en gestión laboral en esa misma área de los equipos

**Pregunta:** ¿El personal que lo acompañó en la visita técnica era un personal técnico por parte de la DIAN?

**Respuesta:** La persona que me acompañó a hacer la gestión creo que pertenece a la parte administrativa y es el señor Jairo.

**Pregunta:** ¿Los equipos a la fecha pudieran ser útiles o pueden tener un mantenimiento correctivo el cual permita que se puedan utilizar normalmente?

**Respuesta:** Si estamos hablando de los equipos que ya están desmontados ahí no hay ninguna circunstancia de recuperación.

#### **PARTE DEMANDANTE**

**Pregunta:** ¿Si no se realiza los mantenimientos preventivos es posible perder la garantía de los equipos?

**Respuesta:** ciento por ciento (100) doctor.

**Pregunta:** De acuerdo a su experiencia y teniendo en cuenta las condiciones climáticas y de salinidad de la isla de San Andrés, ¿Si no se hacen los mantenimientos preventivos con la periodicidad indicada, los equipos pueden disminuir su vida útil, o cuánto tiempo tiene que transcurrir para que un equipo pueda empezar a fallar?

**Respuesta:** Correcto doctor. Si en la vida útil de un equipo se hace un mantenimiento adecuado durante el año, la vida útil puede durar hasta 4 o 5 años un equipo. Si en la vida útil de estos equipos no hay un mantenimiento adecuado donde se pueda detectar sulfatación en los circuitos eléctricos, donde puede presentarse sulfato de cobre en la línea de los condensadores y sobre todo en este clima tropical que es bastante fuerte, los equipos van a durar mucho menos. Un promedio entre un año a dos años.

(..)

**Pregunta:** ¿De acuerdo con la inspección física realizada el 25 de enero de 2021 a los equipos en las instalaciones de la DIAN, usted se ratifica en esta diligencia que el deterioro avanzado de los equipos y su no funcionamiento se dio a la falta de mantenimiento?

**Respuesta:** Eso es correcto doctor.

De conformidad con lo expuesto por el perito, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. Al momento de efectuar la visita a la sede de la Dian para constatar el estado de los equipos de aire acondicionado de los cuales afirmó la parte demandante que se encontraban dañados debido a falta de mantenimiento preventivo, los mismos se encontraban desinstalados y estaban ubicados en bodega. En razón de lo anterior, no pudo verificarse su funcionamiento.
2. De la revisión y evaluación de los equipos se concluye que los mismos son irrecuperables.
3. Respecto a la posible causa de su deterioro se tiene la falta de mantenimiento preventivo, circunstancia que se agrava en atención al lugar donde se encuentra ubicada la sede e instalaciones de la DIAN en San Andrés Isla, que está próxima al muelle departamental, por ende, el nivel de salinidad del ambiente influye en el deterioro acelerado de los equipos.

Para la Sala no cabe duda, que el deterioro de los aires acondicionados se debió principalmente a la falta de mantenimiento preventivo de los mismos. Esta circunstancia unida al hecho que la ubicación de las instalaciones de la DIAN, se encuentran muy próximas al muelle Departamental, con un alto nivel de salinidad, influyó en el pronto deterioro de los equipos. Es por ello que resultaba de vital importancia el mantenimiento continuo de los equipos para evitar que la oxidación a la cual se encuentran expuestos disminuya la vida útil de estos. Ahora bien, como se anotó líneas atrás, la obligación de realizar el mantenimiento preventivo de los

equipos recaía en cabeza del contratista, que ejecutó la mencionada obligación de manera irregular, puesto que está demostrado que el contratista se sustrajo del cumplimiento de su obligación contractual y fue solo hasta cuando se inició el fallido procedimiento de hacer efectiva la garantía cuando se procedió a dar cumplimiento parcial a la mencionada obligación.

### **Del mantenimiento de los equipos eléctricos**

La entidad demandante sostiene que, desde la fecha de entrega de los bienes, el contratista no ha cumplido con su obligación de realizar el mantenimiento preventivo a los equipos eléctricos, pese a los requerimientos formulados en este sentido.

- Oficio No. 100215312 del 10 de agosto de 2015<sup>15</sup>, por medio del cual la supervisora del capítulo eléctrico del contrato de obra e inventaría - coordinación de infraestructura y el jefe de infraestructura realizaron requerimiento al representante legal de la Organización Aycardi SAS, en los siguientes términos:

“En esta verificación, se nos ha informado por parte de los funcionarios responsables en la Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés, que desde el 17 de abril de 2015 fecha de terminación final del contrato de obra, y momento a partir del cual se debieron programar los mantenimientos preventivos con la frecuencia que exige el manual del fabricante, que a la fecha, no se han realizado los mantenimientos preventivos a los equipos de aire acondicionados, estos equipos solamente han sido atendidos cuando presentan fallas en su funcionamiento.

Igualmente, esta supervisión no ha recibido el listado total o inventario de los equipos de aire acondicionado instalados, indicando ubicación, número de identificación o número de serie, marca y modelo, junto con el manual de mantenimiento de los mismos, como tampoco se ha recibido toda la documentación correspondiente a los equipos instalados en la nueva subestación eléctrica.

Por lo anterior, se solicita adjuntar toda la documentación antes relacionada al igual que informar a esta supervisión el nombre de la empresa que realizará el mantenimiento preventivo y/o correctivo de los aires acondicionados durante 48

---

<sup>15</sup> Ver folio 8 y 9 de la carpeta 8 parte 3

meses, dirección de la misma y número de contacto y el cronograma de las fechas en las que se realizarán los mantenimientos preventivos con la frecuencia que exige el manual del fabricante, al igual que se solicita adjuntar la documentación relacionada con el mantenimiento de los equipos instalados en la subestación.”

Al igual que en el caso de los equipos de aire acondicionado, el pliego de condiciones, estableció en cabeza del contratista la obligación de realizar mantenimientos preventivos y correctivos a los equipos eléctricos. En los siguientes términos quedó consignada:

**“7.8.22. MANTENIMIENTO DE BIENES Y EQUIPOS**

El contratista deberá garantizar sobre los **equipos eléctricos o electromecánicos a suministrar e instalar**, es decir, plantas eléctricas, transformadores, UPS, bancos de condensadores y seccionadores, equipos de aire acondicionados y ventilación, bombas de sistemas hidráulicos y de aguas lluvias, entre otros, el mantenimiento preventivo y correctivo durante veinticuatro meses (24) y el periodo adicional ofrecido en la oferta para la asignación de puntos de conformidad con lo establecido en el numeral 5.2.3 del presente pliego de condiciones.” (negritas fuera del texto original)

**“5.2.3. Ponderación Técnica-Calidad (máximo 15 puntos)**

Para realizar la ponderación, con su oferta, el proponente deberá presentar una carta en la cual exprese su compromiso para realizar los mantenimientos preventivos y/o correctivos **según la frecuencia que exige el manual del fabricante, durante un término hasta de dos (2) años adicionales al exigido en las obligaciones del contratista del pliego de condiciones, sobre los equipos eléctricos o electromecánicos a suministrar o instalar**, es decir, plantas eléctricas, equipos eléctricos, transformadores, UPS, bancos de condensadores y seccionadores, equipos de aires acondicionados y ventilación, bombas de sistema hidráulicos y de aguas lluvias.” (Negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, el Manual de Operaciones y Mantenimientos entregado por el contratista en la sección de eléctricos tiene consignado en resumen lo siguiente:

Expediente:88-001-23-33-000-2018-00010-00  
 Demandante: DIAN  
 Demandado: Organización Aycardi S.A.S. Hoy AGOPLA SAS  
 Medio de control: Controversias Contractuales

## SIGCMA

EQUIPO	MANTENIMIENTO
ACOMETIDA PRINCIPAL	Limpieza de sulfatos en puntos de conexión 1 vez al año Limpieza de terminales premoldeadores para retiro de polvo y suciedad. Verificación anual de niveles de aislamiento de cables y terminales a través de megger.
CELDA DE MEDIDA	Celda: limpieza de celdas trimestralmente. Limpieza de sulfatos en puntos de conexión 1 vez al año Limpieza de terminales premoldeadores para retiro de polvo y suciedad. Verificación anual de niveles de aislamiento de cables y terminales a través de megger.
TRANSFORMADOR PRINCIPAL DE 150 KVA	Limpieza de sulfatos en puntos de conexión 1 vez al año
CELDA DE SECCIONAMIENTO	Limpieza de sulfatos en puntos de conexión una vez al año. Celda: limpieza de celdas trimestralmente. Anualmente de realizarse inspección general para detectar posibles puntos de óxido.
GABINETES DE DISTRIBUCIÓN PRINCIPAL 220V	Gabinete: limpieza de celdas trimestral. Anualmente de realizarse inspección general para detectar posibles puntos de óxido. Limpieza de sulfatos en puntos de conexión una vez al año.
GABINETES DE DISTRIBUCIÓN CARGAS ESENCIALES 220v	Gabinete: limpieza de celdas trimestral. Anualmente de realizarse inspección general para detectar posibles puntos de óxido. Limpieza de sulfatos en puntos de conexión una vez al año.
TABLEROS DE DISTRIBUCIÓN Y BREAKERS	Gabinete: limpieza de celdas trimestral. Anualmente de realizarse inspección general para detectar posibles puntos de óxido. Limpieza de sulfatos en puntos de conexión una vez al año.
BANDEJA PORTACABLES	Inspección visual de las bandejas para determinar puntos de oxidación realizar lijado y limpieza de superficie de oxidación, pintando con anticorrosivo y acabando con galvanizante en frío (aerosol)
MALLAS DE TIERRA	Se debe realizar una verificación anual de resistencia puesta a tierra mediante un telurómetro.
SALIDAS ELÉCTRICAS	se recomienda hacer una verificación semestral de suiches y tomas para verificar estado.
ILUMINACIÓN INTERIOR	Las iluminarias de tecnología T5 y T8 requieren mantenimiento preventivo para garantizar que se conserve la potencia luminica. El mantenimiento debe realizarse periódicamente y consta de realizarse periódicamente y consta de realizar una limpieza de los tubos fluorescentes y rejillas especulares en lámparas de 4 x 14 W.
ILUMINACIÓN EXTERNA	Trimestralmente debe realizarse limpieza de la carcasa de policarbonato retirando los seguros de la tapa y limpiando la parte interior y exterior con un paño seco. Igualmente la caja de control requiere limpieza de sulfatos, apriete de tornillos y limpieza general por lo menos una vez por semestre.
ILUMINACIÓN DE EMERGENCIA	La batería de este equipo es libre de mantenimiento, sin embargo, debe ser probada periódicamente y reemplazada cuando ya no operen. Se deben limpiar periódicamente los lentes y reemplazar los bombillos cuando se requiera.

En el transcurso del proceso fue recibido el testimonio de la ingeniera **Marcela Rodríguez Perdomo**-Supervisora de los temas eléctricos de la Coordinación de Infraestructura quien manifestó que el contratista no realizó ninguno de los mantenimientos de la parte eléctrica, es decir, que no se hizo mantenimiento del transformador, tableros o las celdas. Señala igualmente que en la entidad se presentó un daño grave en la subestación por corrosión y sulfatación por falta de mantenimiento. Como prueba de dicha afirmación allegó dictamen de la empresa de energía donde - a su parecer - se indica que el motivo del daño es ese, agregando que este tipo de daño no se da de un momento a otro, es la acumulación

de cuatro años donde no se hizo ningún tipo de mantenimiento por parte del contratista.

La testigo allegó copia del oficio No. 20193100084091 de fecha 17 de diciembre de 2019, remitido por el Director de Distribución y el Jefe de Servicios Técnicos de la Sociedad Productora de Energía de San Andrés, Providencia y Santa Catalina-SOPESA, al Jefe de la División de Gestión Administrativa y Financiera Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el cual se consigna lo siguiente:

“En atención a su oficio de la referencia, el día 12 de diciembre del año en curso, el sector de la zona industrial, se quedó sin servicio de energía. Realizadas las inspecciones pertinentes, detectamos que, el daño se originó en la subestación de las instalaciones de la DIAN.

#### **DAÑO EN LA SUBESTACIÓN**

- En la celda de medida de energía en media tensión, encontramos evidencia de arco eléctrico en los transformadores de medida (de corriente y de tensión) como resultado de la falla de aislamiento en estos equipos. El daño presentado en esta celda, ocasionó la operación de las protecciones en el circuito de distribución, afectando la continuidad del servicio a los demás usuarios del sector.
- Alto grado de sulfatación en los bordes terminales de los equipos y en las terminales elastoméricas.

#### **MOTIVO DEL DAÑO**

En base a las condiciones encontradas, concluimos que el daño fue originado por la deficiencia en el mantenimiento de los equipos de la subestación.

#### **RECOMENDACIONES**

- Debe realizarse la reposición de la celda de medida de media tensión
- Así como, el mantenimiento a la subestación con personal calificado.”

Para la Sala es claro que no se dio la realización oportuna de los mantenimientos pactados entre la entidad y la firma contratista, ya que en caso contrario no se hubiera presentado el daño en la subestación con la consiguiente afectación en la continuidad en la prestación del servicio. La Sala otorga toda credibilidad al oficio suscrito por el Director de Distribución y el Jefe de Servicios Técnicos de la Sociedad Productora de Energía de San Andrés, Providencia y Santa Catalina-SOPESA, dado que es la entidad prestadora del servicio de energía eléctrica, por lo tanto es la idónea para dar una explicación sobre lo sucedido en la subestación de la DIAN proviene de expertos en el tema que precisamente evaluaron lo ocurrido y emitieron su concepto autorizado.

Adicionalmente, dentro del plenario no obra prueba alguna del cumplimiento de la obligación contractual por parte del contratista, es decir, no se evidencia bitácora, constancia de mantenimiento u otra clase prueba por medio de la cual se pueda inferir que el contratista ha dado cabal cumplimiento a su obligación contractual, razón por la cual, la Sala tiene como probado el incumplimiento alegado.

### **Incorrecto funcionamiento del pozo séptico**

Otro de los motivos por los cuales alega la entidad demandante la existencia de un incumplimiento del contrato por parte de la sociedad demandada, es el relacionado con el funcionamiento del pozo séptico. A ese respecto indicó que el pozo séptico no está funcionando correctamente, poniendo en riesgo inminente a la seccional a una emergencia sanitaria y ambiental, al no ser captadas las aguas residuales que este sistema debiera absorber, situación que se agrava teniendo en cuenta que el sistema que anteriormente funcionaba no está sirviendo como respaldo al haber sido suspendido cuando el nuevo sistema fue instalado.

La parte demandada, por su parte sostiene que: (i) no se encuentra probado que los daños que se aducen respecto del pozo séptico y sistema adyacente sea consecuencia de las obras realizadas, (ii) los diseños previos fueron suministrados por la entidad, (iii) el daño pudo haber sido causado por el indebido uso del sistema por parte de la entidad contratante.

De conformidad con el pliego de condiciones, una de las obras que debía atender el contratista consistía en la “*Construcción de instalaciones hidrosanitarias y adecuación conexión a pozo séptico*”. El anexo No. 1 - Anexo Técnico de Especificaciones Particulares, respecto al pozo séptico señaló lo siguiente:

DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	ESPECIFICACIONES PARTICULARES
Mantenimiento de pozo séptico existente, incluye conexiones e instalaciones	UN	1	Mantenimiento de pozo de aguas negras existentes, incluye todas las conexiones e instalaciones a nuevos baños
Caja Inspección 1000x1000x10	UN	1	Para recolección o drenaje de aguas lluvias y su traslado a pozo de tratamiento de aguas
Caja de Inspección 60x60x60	UN	1	Para recolección o drenaje de aguas negras y su traslado o conexión a sistema pozo séptico.
Tubería drenaje PVC 100mm	ML	320	Suministro e instalación de tubería 4", perforada, PVC. Incluye elaboración de zanja, colocación de tubería en lecho filtrante de material granular grueso 2", envuelto en geotextil no tejido y su conexión a caja de recolección de aguas lluvias.

En la solicitud de modificación No. 1 del contrato No. 100215312-210-0-2013, se consiga respecto al sistema hidrosanitario lo siguiente:

“Al percatarse de las fallas presentes en el sistema hidrosanitario, se acordó de manera conjunta entre las partes involucradas, esto es, entidad, interventoría y contratista, ejecutar el diseño de dicho sistema con el fin de garantizar el perfecto funcionamiento del servicio de agua y alcantarillado, dando como resultado el cambio en las actividades proyectadas inicialmente.”

En oficio del 27 de mayo de 2014, la sociedad Aycardi S.A.S. solicitó adición del valor del contrato, para lo cual indicó como fundamento, entre otros aspectos, lo siguiente:

“6. En vista de la inexistencia de un sistema de alcantarillado público y de un adecuado sistema de manejo de aguas residuales se estableció la necesidad de garantizar el correcto tratamiento para estas, razón por la cual se debió diseñar un sistema de tratamiento de aguas residuales de acuerdo a las necesidades de la población que ocupará esta seccional, la cual no estaba prevista inicialmente.”

Por otra parte, de conformidad con la solicitud de modificación contractual No. 3 del 12 de septiembre de 2014, dentro de las actividades realizadas por el contratista se encontraban, entre otras, el diseño del sistema sanitario al 100% y el diseño de la red de suministro hidráulico 100%.

Conforme a los documentos mencionados, entiende la Sala que, en principio, la obligación del contratista consistía únicamente en el mantenimiento del pozo séptico existente, sus conexiones y la instalación a nuevos baños. No obstante, durante el desarrollo de las actividades las partes acordaron que se debía realizar un nuevo diseño del sistema hidrosanitario, con el fin de garantizar el perfecto funcionamiento del servicio de acueducto y alcantarillado. La realización de los mencionados diseños quedó a cargo del contratista. Es decir, que dentro de las obligaciones contractuales del contratista ya no estaba únicamente el mantenimiento del pozo séptico, sino también el diseño y ejecución del sistema hidrosanitario.

Esta situación fue corroborada con el testimonio del arquitecto **JORGE ALBERTO PEÑA MORALES** - Coordinador de la Seccional San Andrés, quien respecto a las situaciones administrativas que se dieron para la ejecución de las actividades relacionadas con el sistema hidrosanitario manifestó lo siguiente:

**PREGUNTA: ¿Cuál era el objeto entonces en el contrato respecto del pozo séptico?**

**RESPUESTA:** En la obligación contractual adquirida por la organización Aycardi en el capítulo 14 ítem 1401 se refiere a redes, servicios y desagües, en ese ítem específicamente el contratista tenía que hacer un mantenimiento del pozo séptico existente incluye conexiones e instalaciones. Dentro del desarrollo del contrato pasó de mantenimiento a elaboración de uno nuevo ¿por qué? En la ejecución del contrato, siempre en todos los contratos el contratista determina al contratante la posibilidad de hacer la actividad si técnicamente es posible o no es posible. En este caso quien le dice a la entidad con la anuencia de la interventoría que el pozo séptico que se encontraba en la entidad era un pozo obsoleto por los años que venía ya trabajando y ellos generan la necesidad de crear un nuevo pozo séptico.

**PREGUNTA: ¿En el desarrollo del contrato, la organización Aycardi elaboró o determinó que tenía que hacerse un nuevo pozo séptico? ¿ellos también debían elaborar los diseños?**

**RESPUESTA:** Dentro de la obligación contractual no. Ya como lo acabo de explicar en la ejecución del contrato se genera la nueva necesidad de hacer un nuevo pozo séptico, por ende, quien determina la necesidad de hacer un nuevo pozo séptico aceptado por la interventoría es la organización Aycardi y la entidad le da un trámite administrativo y acepta la creación de ese ítem. En el no previsto 37 se crea la actividad diseño y red de suministro hidráulico, en el ítem No. 38 hay un ítem que se llama diseño de sistema sanitario y en el ítem No. 39 se crea el sistema de tratamiento de aguas residuales según diseño sanitario. Esos tres ítems avalan la ejecución del pozo séptico con diseños de la organización Aycardi.

En este orden, resulta claro para la Sala que: (i) las actividades relacionadas con la ejecución del pozo séptico y diseño del sistema sanitario, estaban en cabeza de la organización Aycardi S.A.S. hoy Agopla S.A.S., y (ii) de conformidad con las pruebas allegadas, en acta del seis (06) de mayo de 2015 por medio del cual se hizo la entrega de las obras ejecutadas por parte de la interventoría a la entidad, no se evidencia que se hubiere realizado observación alguna en lo referente al pozo séptico, por lo que se puede concluir que esa obra fue recibida a satisfacción por la entidad demandante.

Ahora bien, en cuanto a los problemas o fallas que alega la entidad presentó el pozo séptico, la Sala debe tener en consideración lo manifestado por el Arquitecto - **JORGE ALBERTO PEÑA MORALES**-Coordinador de la DIAN Seccional San Andrés que, respecto a las fallas encontradas en el funcionamiento del pozo séptico y las cubiertas, obras entregadas por el contratista, manifestó que a su llegada a la seccional (año 2016) encontró que la sociedad demandada había ejecutado unas actividades donde presenta unas deficiencias técnicas que eran visibles, que en su función como coordinador y responsable de la seccional reportó dicha información al contratista. Explicó que dichas deficiencias técnicas consistieron en dos aspectos específicos: el colapso del pozo séptico y las filtraciones que presentaban las cubiertas. Para mayor comprensión de la situación fáctica expuesta por el funcionario, se transcriben apartes de su testimonio y del interrogatorio realizado por las partes:

**Pregunta:** ¿Qué es lo que usted observó que de acuerdo a lo establecido en el contrato suscrito no fue atendido por el contratista?

**Respuesta:** Digamos en este caso dos puntos específicos: cuando se llega en el año 2016 a la seccional, se encuentra contractualmente la ejecución de un pozo séptico y este se encuentra totalmente colapsado; es evidente al verse los huecos, donde se colapsa el elemento que es un elemento nuevo apenas construido. En el tema de las cubiertas, se cambia el 100% de las cubiertas, las cubiertas hacen parte las pendientes y las vigas canales y se encuentra con filtraciones, es igual a un techo nuevo, totalmente nuevo.

**Pregunta:** ¿Esas observaciones que usted manifiesta las puso en conocimiento de quiénes?

**Respuesta:** De la organización Aycardi a través de correo, a través de llamadas y a través de oficios.

(...)

**Pregunta:** ¿Usted sabe si la DIAN recibió satisfactoriamente esa parte de las obras por parte del contratista?

**Respuesta:** En el tema administrativo de recibo y pago de las actividades en este caso si se podría decir porque quien las recibe inicialmente es la interventoría. Este contrato que

por su monto y proceso administrativo que es una licitación pública hay una interventoría que es la responsable de hacer esos trámites administrativos.

**Pregunta:** ¿Sobre las circunstancias que usted manifiesta haber observado como deficiencias en la ejecución del contrato que información dio la interventoría al respecto?

**Respuesta:** la interventoría inicialmente entregó a la entidad las mismas observaciones y requerimientos que le había hecho al contratista.

**Pregunta:** Entonces, la interventoría fue coincidente con las observaciones que hizo la entidad respecto del tema de las cubiertas y del pozo séptico.

**Respuesta:** Si

(...)

**Pregunta:** Para resolver el tema del pozo séptico por favor indique al despacho ¿Si fue necesario hacer alguna obra por parte de la Dian, debido a que las condiciones del pozo séptico están asociados a condiciones de salubridad de la misma entidad? ¿Tuvieron que hacer alguna intervención, para que pudieran funcionar debidamente el servicio sanitario al interior de la entidad?

**Respuesta:** Hasta la fecha la entidad no ha intervenido el pozo porque en este momento está en la reclamación del mismo.

Quiero dejar claro lo siguiente: en el tema de las cubiertas fue necesario intervenirlo en diciembre del año pasado esas actividades porque nos estaba afectando, nos estaba dañando el archivo y las mercancías que la entidad retiene para hacer un proceso administrativo. Esas afectaciones generan unos hallazgos que a la entidad le generan unos problemas administrativos y económicos. El contrato por el cual atendimos el año pasado esa situación es el contrato 27005 del 2019. En el tema del pozo séptico, quiero dejar claro lo siguiente: los pozos sépticos son como una especie de trampa de grasas donde va sedimentando los materiales que van saliendo de las baterías, en San Andrés es deficiente en el área donde estamos ubicados, el tema sanitario es deficiente y por esa razón, no es posible hacer una conexión directa de las redes sanitarias al alcantarillado, por esa razón tenemos que instalar unos pozos sépticos. Los pozos sépticos terminan depurando los sedimentos y mandándolos al terreno, eso es un elemento de infiltración del terreno cuando los sedimentos más livianos vayan al terreno y los va absorbiendo. Hoy en día que es lo que está sucediendo, como el pozo falló en este caso colapsó el terreno es el que está asumiendo la responsabilidad de recoger esos elementos y filtrarlos en el terreno.

**Pregunta:** ¿La DIAN tiene conexión a la red de alcantarillado que pasa por el sector?

**Respuesta:** No señora, no existe.

#### **PARTE DEMANDANTE**

**Pregunta:** Lo del funcionamiento del pozo séptico exactamente desde donde vienen las aguas o cuál es el funcionamiento, si tiene cajas a donde llega, si podemos una parte más técnica para poner más claridad sobre que es un pozo séptico.

**Respuesta:** Uno en la conformación de la oficina tiene unos servicios sanitarios, los baños. Todos los servicios sanitarios aguas residuales que se generan en el lavamos, en las duchas y en los sanitarios va a través de una red. Esa red es una tubería más o menos de 3 a 6 pulgadas dependiendo de la cantidad de agua que pasa por ahí y llega a unos colectores. Los colectores son unas cajas de inspección que tienen unos filtros internamente y unos microorganismos que lo que hacen es que a medida que van entrando las aguas negras, aguas grasas y aguas sucias a esas áreas los sedimentos más gruesos van quedando asentados en ese campo de infiltración los sedimentos más suaves siguen al otro pozo y siguen al otro pozo al final de esa proceso de decantación que es todos los

elementos sólidos gruesos van quedando, llega un momento en que sale las aguas más limpias a un campo de infiltración que el campo de infiltración es el mismo terreno arcilloso que en este caso San Andrés tiene terrenos sueltos y el mismo terreno absorbe esas aguas y las mete dentro del ciclo biológico. Así funciona un pozo séptico. Es importante tener en cuenta que los sedimentos gruesos que van quedando en los tanques año tras año depende el volumen y cantidad de sedimentos que se generen, para eso son los diseños de los pozos séptico. La entidad o el dueño de esos pozos debe hacer un mantenimiento extrayendo esos lodos.

(...)

**Pregunta:** ¿Una vez construido este nuevo pozo séptico por la organización Aycardi que fallas presentó?

**Respuesta:** En el año 2016 se genera un colapso del pozo séptico y se evidencia por los socavones que están en los laterales y en el fondo del pozo. Los socavones son huecos. ¿Cómo nos dimos cuenta nosotros? Nosotros dentro de la entidad tenemos unas zonas verdes que se le hace un mantenimiento tanto de poda, tala y fumigación de roedores. Las personas que estaban haciendo esa actividad casi sufren un accidente laboral en este caso porque encontraron en esa área donde está la construcción del pozo séptico unas infiltraciones, unos huecos y eso ya evidenció, cuando una zona que usted acaba de organizar genera unos huecos significa que los asentamientos han fallado, se vieron a los laterales y fondo del pozo en este caso.

**Pregunta:** ¿Cómo más se puede evidenciar esa falla del pozo séptico?

**Respuesta:** Actualmente se tendría que destapar lo que se construyó y revisar porque los pozos son unos tanques que van conectados con unas tuberías, tendría que levantarse lo que está ahí y revisar todos los elementos que conforman el pozo séptico. En el campo de infiltración que es el destino final de las aguas, se supone que en esa parte naturalmente se hace el proceso para la depuración de esta serie de aguas.

**Pregunta:** ¿Cómo se sabe que el pozo está dañado, ¿cómo se evidencia, como se observa?

**Respuesta:** Esa infiltración se hace, dentro del proceso de la construcción del pozo, esa infiltración se tiene que estar haciendo en los demás espacios de ese pozo. O sea, el terreno mismo está absorbiendo lo que está generándose en ellos.

**Pregunta:** ¿Es decir que esa agua puede rebosar, salir del campo verde como un pantano?

**Respuesta:** Si. Actualmente está sucediendo eso, se evidencian malos olores, se evidencian situaciones como de fango porque esa zona permanece húmeda. La ventaja entre comillas que tenemos es que la seccional tiene muy pocos funcionarios, así que realmente la cantidad de captación que está generando el terreno no es mucha, pero realmente ya es un tema de cantidad de volumen de uso de los baños.

#### **DEMANDADA**

**Pregunta:** ¿Qué responsabilidades como entidad tenían ustedes en lo referente al debido cuidado que dé a las cubiertas y pozo séptico?

**Respuesta:** Nosotros en cuanto a las cubiertas como toda obra hay que hacerse unos mantenimientos rutinarios, al pozo séptico como lo acabo de explicar tendríamos que hacerle unos mantenimientos.

**Pregunta:** ¿Esos mantenimientos preventivos del debido cuidado fueron realizados por la entidad?

**Respuesta:** En el caso de las cubiertas el mantenimiento se refiere a unas limpiezas de la viga canales, las pendientes no se mantienen porque por si solas el arrastre del agua cuando llueve hace la depuración de los elementos sólidos poco decantados en las cubiertas. En cuanto a los pozos sépticos la obligación del mantenimiento de la persona que posee un pozo séptico es hacer una limpieza de los tanques, de los cajones cuando estos ya se llenan.

**Pregunta:** ¿Diga si o no como es cierto que dentro del manual de funcionamiento el ítem de evacuación de aguas se resalta dentro de las precauciones que debe tener la entidad que se evitara la acumulación de sedimentos, vegetación y cuerpos extraños?

**Respuesta:** No.

**Pregunta:** Lo cual está discerniendo, puesto que tal apreciación se encuentra dentro del Manuel de funcionamiento. En ese sentido, ¿Cuáles son los motivos del daño por ustedes alegado?

**Respuesta:** Es una falla técnica que se genera al exterior del elemento instalado, fallando el terreno que soporta el elemento, generándose un colapso.

**Pregunta:** ¿Tales imprevisiones las cuales usted ha expuesto a lo largo de esta alocución fueron consignadas a través de documentos, bitácoras, seguimiento?

**Respuesta:** Se le comentó al contratista el fallo del pozo séptico.

**Pregunta:** ¿Diga si o no como es cierto que dentro del citado manual de funcionamiento y operación se encuentra igualmente inmerso los ítems de bajantes de agua, sifones, canales, puntos sanitarios y evacuación de aguas?

**Respuesta:** Si.

**Pregunta:** ¿Qué medidas correctivas ha tomado la entidad que usted representa entorno a los presuntos daños alegados?

**Respuesta:** En cuanto a las cubiertas, la entidad sacó un proceso para poder solucionar los deterioros que se generaron en las cubiertas. En cuanto al pozo séptico, la entidad no ha tocado esa actividad desde que se construyó.

**Pregunta:** ¿Diga si o no como es cierto que dentro del acta de entrega final del contrato que nos reúne, no se presentaron observaciones en lo respectivo al funcionamiento del pozo séptico?

**Respuesta:** No. No se presentaron observaciones.

Dentro del trámite del proceso fue allegado el dictamen pericial decretado, cuyo objeto consistía en establecer: (i) la causa de los daños presentados en el pozo séptico construido por el contratista, (ii) si los problemas del pozo séptico corresponden a una mala praxis del contratista o defectos de los diseños entregados por la entidad contratante y (iii) verificar la existencia de situaciones de filtraciones y humedad en la edificación y obras ejecutadas por el contratista. No obstante, debe hacerse la claridad que el mismo solo abarcó lo relacionado con la actividad de construcción del pozo séptico, es decir, los numerales (i) y (ii), sin hacer alusión alguna sobre el tema de existencia de situaciones de filtraciones y humedad en la edificación y obras ejecutadas por el contratista.

En este orden, la prueba pericial allegada al plenario indicó las siguientes conclusiones:

1. En el acta de entrega final de la obra del 6 de mayo de 2015, no se hace referencia alguna al sistema de tratamiento o pozo séptico; por lo cual, al no existir evidencia de aceptación de lo instalado, se debió dejar constancia del hecho, y proponer el traslado de la sede de la DIAN a otras instalaciones para evitar el uso del sistema, de manera que no se ponga en riesgo la salud de los funcionarios y trabajadores, permitiendo mantener asimismo la garantía de la obra.
2. Así mismo, el hecho de no hacer mención en el acta de entrega final de la obra del 6 mayo de 2015, sobre la falta de documentación, así como las capacitaciones requeridas para llevar a cabo tales procedimientos, se convierte en una aprobación total del sistema, ya que no se presenta objeción alguna respecto del mismo. Por otra parte, al poner en funcionamiento el sistema, se pierde todo tipo de reclamo al contratista, ya que este proceso se configura en una aceptación neta de lo instalado.
3. Con la revisión de las instalaciones en baños y áreas de cafetería, se descarta que el sistema de tratamiento de aguas residuales haya sido afectado por uso inadecuado de los sanitarios, lavamanos o lavaplatos. Se encontró que hay concientización entre los funcionarios en cuanto al correcto manejo de los dispositivos, ahorro del agua y acumulación de residuos sólidos en canecas dispuestas para su fin.
4. Se descarta que el sistema de tratamiento haya recibido flujos de agua lluvia que hubiera provocado el colapso del mismo, ya que, según la información entregada por uno de los funcionarios, todas las aguas lluvias son conducidas a un tanque para su almacenamiento y posterior aprovechamiento en las instalaciones de la entidad.
5. Se genera una duda respecto a los diseños entregados por la firma contratista, cuyo documento original se encuentra en las instalaciones de la DIAN San Andrés Islas; ya que el diseño se elabora con una población muy distinta de la que en este momento se encuentra laborando en las instalaciones, según la información entregada por uno de sus funcionarios, por lo que los volúmenes calculados para el tanque séptico son muy superiores a los requeridos en las condiciones actuales.

## SIGCMA

6. No se tiene registro fotográfico, ni de seguimiento del proceso constructivo del sistema de tratamiento por parte de la entidad DIAN, por lo que no se puede afirmar o negar si la instalación de los tanques se realizó de manera correcta. En este sentido, no se puede saber si estos han sufrido algún daño que pueda estar afectando las áreas de suelo que los rodean.
7. No se cuenta con un manual de operación y mantenimiento detallado que permita llevar a cabo las labores de limpieza a los tanques. El documento entregado por la firma contratista de obra consiste en una hoja donde no se realiza una descripción paso a paso de las actividades a realizar, la cantidad de lodos a retirar, las herramientas a utilizar, los elementos de protección personal requeridos para los operarios, etc.
8. No se evidencia la realización de capacitaciones por parte de la firma contratista de obra para el funcionamiento y operación del sistema de tratamiento ni por parte de la entidad para hacerse cargo del mantenimiento del mismo.
9. No se debió poner en funcionamiento el sistema si no se contaba con un manual de operación y mantenimiento, ni con los planos respectivos para determinar las conexiones entre las estructuras.
10. A pesar de no contar con un manual de operación y mantenimiento, la entidad DIAN podía contratar un técnico especializado en la limpieza de este tipo de sistemas o solicitar apoyo de instituciones como el SENA para garantizar que el sistema podía seguir funcionando sin los inconvenientes que se presentan en este momento.

En el marco de la audiencia de contradicción de dictamen pericial, la perito ingeniera Sanitaria y Ambiental **Adriana Lorena Cabrera Chaves**, manifestó lo siguiente:

Realicé un registro fotográfico del sistema, se observó cubrimiento con maleza en el sistema, prácticamente un estado de abandono, realicé un recorrido en los baños, en los sanitarios, en los lavamanos, en la cocina para identificar posibles causas de adición de residuos sólidos al sistema que podría ocasionar algún taponamiento. (...) los lavamanos, residuos de papel higiénico y de cabellos que no deberían estar allí. Sin embargo, también se observaban los botes de basura para que este tipo de residuos sólidos fuera dispuesto allí para que no fueran arrojados a los sanitarios. De igual forma, en la cocina se realizó una verificación de si se realizaba preparación de alimentos, pero sin embargo me dijeron que solo funcionaba como cafetería por lo tanto se podría asumir que no hay un evidente uso de grasas o aceites que también puede afectar el funcionamiento del sistema a largo plazo.

Por otro lado, se verificó si existía la posibilidad que el sistema estuviera recibiendo otro tipo de caudales, como aguas lluvias. Sin embargo, se encontró un tanque que

ha sido construido por la entidad para realizar el almacenamiento de aguas lluvias entonces se descarta esa posibilidad de que el sistema haya sido afectado por otro tipo de flujo. Cuando realice el recorrido en el sistema es un área muy riesgosa solamente está aislado por una cinta de prevención, pero no es posible acercarse mucho al sistema porque había muchos huecos y solo contaba con un día para realizar la inspección. **En ese sentido no fue posible verificar el estado del sistema como tal, ver si estos tienen fisuras, tampoco fue posible destapar los tanques para identificar la cantidad de lodos o natas que normalmente son retirados.** Se solicitó documentación como manuales de operación, si se estuvieron llevando a cabo actividades de mantenimiento o de limpieza por parte de la entidad, tampoco me entregaron ese tipo de formatos que normalmente debe tenerse a manera de bitácora, llevar un diario, registro o al menos un registro mensual de algún tipo de limpieza o mantenimiento, o al menos una verificación del sistema. Recibí por parte del señor Jairo Alberto un documento en donde constaba el diseño del sistema, se verifica que de acuerdo a la cantidad de personas que permanecen allí laborando según la información del mismo señor Jairo Alberto permanecen 60 personas y de acuerdo a lo entregado en el memorial del diseño, el sistema esta mayor capacidad a la que actualmente requeriría. Este señor Jairo Alberto también indicó que le habían mencionado que el sistema era automático, entonces que no requería ningún tipo de limpieza, sin embargo, todo tanque séptico debe ser registrado al menos mensualmente para estar verificando que las natas y una cantidad de lodos si es excesiva debe ser retirado para evitar que haya retorno del agua. Así mismo, dentro de la visita no se verificó que hubiera retornos ni por sifones ni por sanitarios, en general todos los aparatos sanitarios estaban en buen estado. Pude notar durante la visita que no se llevó a cabo un mantenimiento preventivo, independientemente que exista o no un manual de operación se debió llevar a cabo una verificación del estado del sistema y hacer un corte de maleza alrededor del sistema, para poderlo estar verificando tanto en sus alrededores como en la parte superior, en donde se recomienda que no debe tener ningún tipo de carga, de terreno o bueno de maleza en este caso. Este sería una manera de proveer una larga vida al sistema, para que este tenga un funcionamiento adecuado a largo plazo. ( Negrillas de la Sala)

(...)

#### **Demandada**

**Pregunta:** informe al Despacho si en la visita técnica realizada, se evidenciaron daños o falencias en el pozo séptico (...) en otras palabras,

**Respuesta:** No fue posible verificar si los tanques tienen algún tipo de daño o si estaban colapsados porque no se realizó una verificación interna ni externa de los tanques.

**Pregunta:** Usted puede indicar la causa del porque no se evidenciaron objetivamente las características del pozo séptico.

**Respuesta:** En realidad, era difícil el acceso, de mucho riesgo porque los alrededores estaban cubiertos de maleza y existía el riesgo de caídas y al no conocer la profundidad de los huecos que se podría mirar desde lo lejos, entonces no nos acercamos mucho. Igual yo solo contaba con ese día para poder hacer la verificación por lo tanto no podía hacer algún tipo de excavaciones o al menos una limpieza superficial para poder realizar la verificación.

**Pregunta:** Diferente a la vegetación pronunciada ¿Dentro la visita técnica realizada encontró algún tipo de indebido cuidado, es decir, cabellos en los sanitarios, depósitos de otro tipo de materiales que hayan estropeado en su visita técnica?

**Respuesta:** Lo único que encontré en dos lavamanos de dos baños diferentes un pedazo de papel higiénico y en otro había cabellos. De eso yo tomé registro fotográfico y lo anexé al informe. Pero en los sanitarios no observé ningún tipo de residuos sólidos igual las canecas estaban allí () si se puede llegar a deteriorar el funcionamiento.

**Pregunta:** En ese sentido ¿Esos comportamientos de depósitos de sustancias, pueden afectar el buen funcionamiento del pozo séptico?

**Respuesta:** Sí. De hecho, cuando se realizan los procesos de limpieza se recomienda que no se agreguen sustancias agresivas como blanqueadores o detergentes porque estos pueden afectar el sistema en la parte del filtro biológico, por el comportamiento de las bacterias.

**Pregunta:** Explicaba dentro de su informe que hay un sobredimensionamiento por parte del tanque suministrado por el contratista en comparativo con el que estaba en los diseños explique al despacho ¿Ese sobredimensionamiento a qué se refiere, A una mayor capacidad?

**Respuesta:** Si. De acuerdo a la cantidad de personas que me indicó el señor Jairo Alberto que existe en este momento laborando de 60 personas, el volumen en realidad sería de 5.000 y de acuerdo a lo entregado en el documento mencionado por la firma contratista menciona que son 11.000 litros el sistema, **si esto corresponde a 11 mil litros está sobredimensionado, pero esto también indica que el mismo está en capacidad de llevar a cabo el funcionamiento a pesar de una falta de mantenimiento. Sin embargo, no se debe obviar esta actividad.**

**Pregunta:** Aterrizado el caso, es decir, ¿Este sobredimensionamiento lo que otorga es una mayor capacidad para el pozo séptico, lo cual repercute que los mantenimientos se extiendan?

**Respuesta:** Exactamente, precisamente por ello seguramente el señor Jairo Alberto entendió que el sistema era automático y no requería ningún tipo de verificación. Pero a pesar de que tiene mayor capacidad a la requerida actualmente, si era necesario un mantenimiento preventivo.

**Pregunta:** Dentro de su experiencia, ¿a los manteamientos se deben tener un seguimiento en bitácora, mencione si o no por favor?

**Respuesta:** Si. Es necesario llevar a cabo una bitácora.

**Pregunta:** ¿Estas bitácoras de mantenimiento preventivo en la realización de su visita fueron entregadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN?

**Respuesta:** No. Allá no cuentan con formatos, ni seguimiento de actividades de mantenimiento en el sistema.

**Pregunta:** ¿La entidad Dian le entregó algún tipo de documento o constancia sobre limpieza, de diferente vegetación en alrededores o en el mismo pozo séptico?

**Respuesta:** No. tampoco existe registro de limpieza o de algún tipo de cuidado alrededor del sistema.

**Pregunta:** Explique al Despacho ¿Qué mantenimientos preventivos debía otorgar la DIAN como consumidor final?

**Respuesta:** Se debe estar destapando los tanques, el procedimiento en general es: destapar los tanques, esperar 15 minutos para que haya una evacuación de los gases, estar siempre acompañado, se debe realizar un retiro de naftas, elementos sobrenadantes, con ayuda de baldes y pala y en el fondo se debe estar verificando que la altura de los lodos no supere los 60cm. Cuando esta es superada se debe realizar un retiro de cierta cantidad. Pero se debe dejar unos 30cm para que el proceso tenga continuidad. Eso es básicamente el mantenimiento.

**Pregunta:** Por favor indique al despacho ¿si dentro de la visita técnica se evidenció algún tipo de filtraciones, algún tipo de (...) del pozo séptico de los materiales allí arimados por parte de la DIAN?

**Respuesta:** No. en realidad no se observó algún tipo de objetos que estuvieren afectando en sí el pozo séptico, lo único que se puede observar es la maleza que lo rodea, pero pues, sobre el estado de los tanques solo se puede saber que estaban en buen estado.

**Pregunta:** ¿Indique al Despacho si el pozo séptico estaba en buen funcionamiento?

**Respuesta:** Sí.

## **DEMANDANTE**

**Pregunta:** ¿El pozo séptico hace parte del sistema de tratamiento o sistema de tratamiento y pozo séptico es lo mismo?

**Respuesta:** Es lo mismo. El sistema de tratamiento es el pozo séptico.

**Pregunta:** Usted dice en su informe técnico, que usted tomó las memorias técnicas suministradas por la DIAN la cual fue realizada en el año 2004, ¿Esas memorias técnicas que usted tomó fueron las aportadas por el contratista?

**Respuesta:** No. esas me la entregaron en la oficina de la DIAN San Andrés

**Pregunta:** ¿Qué documento soporte entregó el contratista para poder hacer el dictamen pericial?

**Respuesta:** El contratista me envió unas fotografías del proceso constructivo, pero solamente la foto que tengo allí en el informe y una fotografía de los tanques que fueron instalados, que también están en el informe.

**Pregunta:** ¿Usted tiene conocimiento que los diseños del sistema de tratamiento del pozo séptico fueron suministrados por el contratista, tal cual como se estableció en el contrato?

**Respuesta:** Eso fue lo que me dijo el señor Jairo Alberto que esa documentación fue entregada por el contratista.

(...)

**Pregunta:** ¿Por qué acaba de afirmar a la pregunta del apoderado que el sistema estaba funcionando debidamente, si usted misma dice que no es posible verificar el funcionamiento del sistema?

**Respuesta:** Porque no hay el retorno de agua ni en sifones, ni sanitarios y eso no lo encontré y esa es una de las formas de identificar que el sistema no está operando correctamente.

**Pregunta:** Dice usted que de acuerdo con lo establecido en el contrato en el punto 2.2.4. párrafo 2° dice que dentro de las obligaciones del contratista estaba cumplir a cabalidad lo establecido en el anexo técnico de especificaciones particulares, dentro de las cuales estaba la realización del mantenimiento del pozo séptico existente. ¿De acuerdo a la información que usted tenía quién era el obligado de hacer el mantenimiento del pozo séptico existente?

**Respuesta:** sí. En realidad, hizo falta el documento de mantenimiento del pozo como tal.

**Pregunta:** ¿Cómo concluye usted que posiblemente no se hizo un buen mantenimiento del sistema si no fue posible identificar la existencia de la estructura en el sitio, trampa de grasa, tanque séptico y filtro anaerobio y zanja de infiltración?

**Respuesta:** En el momento que llegue encontré el sistema prácticamente en estado de abandono, si se hubiera realizado un mantenimiento o si se hubiera tenido la intención de hacerlo se llevaría a cabo una limpieza externa del sistema para poder acceder al mismo de una manera segura, sin embargo, no había corte de llevar o limpieza o un camino que me indique por donde yo podía ingresar o que yo hubiera evidenciado que en realidad se hubiera estado verificando el estado del sistema como tal.

**Pregunta:** En otro aparte usted afirma que el sistema no ha recibido limpieza referido hacia la extracción de lodos y natas de los tanques cuya acumulación pudo haber sido la causa del colapso del sistema. ¿cuál es el fundamento técnico y científico para afirmar que esto pudo haber sido la causa principal del colapso del sistema si usted no inspeccionó el sistema, no verificó el proceso constructivo y no tomó evidencia científica del estado actual de sistema y del pozo séptico?

**Respuesta:** De acuerdo a lo que me notificó el doctor Jairo Alberto, me dijo que, en fechas pasadas, no me dijo que año, hubo un retorno de flujo de sifones, creo que de sanitario también, y eso me indica que hubo una acumulación tal de lodos que hizo subir el nivel de aguas, si no se realiza una evacuación de lodos estos ocupan

un volumen que debe ser dejado netamente para el tratamiento de agua y eso hace que haya retorno de flujo.

**Pregunta:** ¿Después de la entrega de una obra de las siguientes condiciones a que tiempo debe hacerse el primer mantenimiento?

**Respuesta:** A los 6 meses

(...)

**Pregunta:** ¿Usted tiene conocimiento que sobre para el momento de recibo el sistema funcionó bien pero un año después, para el 22 de agosto de 2016, se le advirtió al contratista sobre la falla de funcionamiento del pozo séptico? ¿Usted tuvo conocimiento que para esa época al contratista ya se le había advertido sobre la falla?

**Respuesta.** No.

**Pregunta:** Frente a la conclusión 2. ¿Por qué afirma usted que al poner en funcionamiento el sistema se pierde todo tipo de reclamo al contratista? Al aceptar todo lo instalado.

**Respuesta:** Porque como lo dije anteriormente, si se realiza una verificación previa y no se encuentra ningún tipo de problema entonces se asuma que funciona bien y así mismo fue aceptada.

**Pregunta:** ¿Usted dentro de la experiencia que tiene como ingeniera puede advertir que un sistema como estos puede presentar fallas con posterioridad al recibo? ¿Se puede recibir bien y con posterioridad se pueden presentar fallas en el sistema?

**Respuesta:** Se pueden presentar fallas y así mismo deben ser notificadas, pero así mismo debo hacer seguimiento en forma de bitácora del tipo de problema que yo he encontrado con fechas, hora y nombre de la persona que llevó a cabo la verificación.

**Pregunta:** Frente a la conclusión 5 usted dice que los volúmenes calculados para el pozo son superiores a los requeridos en las condiciones actuales, ¿Por qué afirma que debe hacerse mantenimiento si el sistema está sobredimensionado entre más capacidad no necesitaría mantenimiento continuo?

**Respuesta:** Si precisamente, porque de todas formas necesita el mantenimiento preventivo

**Pregunta:** Frente a la conclusión 6. Usted concluyó que como no se tenía registro fotográfico, ni seguimiento del proceso constructivo porque usted no lo pudo verificar, por lo que no se puede afirmar o negar si la instalación de los tanques se realizó de manera correcta. ¿Usted se ratifica en que no pudo evidenciar si efectivamente la instalación se hizo de manera correcta?

**Respuesta:** No se puede confirmar o negar si los tanques fueron instalados de manera correcta.

**Pregunta:** Usted en la cláusula 9 dice que no se debió poner en funcionamiento el sistema. ¿No es contradictorio entonces afirmar que no se pudo establecer que la instalación de los tanques se realizó de manera correcta y al mismo tiempo concluir que no se debió poner en operación el sistema?

**Respuesta:** En realidad, por parte de la DIAN se dio a pesar que no existía el manual de operación, se debió haber solicitado un apoyo técnico, yo mencionaba técnicos del SENA que pueden estar con la capacidad suficiente para llevar a cabo el mantenimiento. Pero, por otro lado, si yo no cuento con un manual tengo que correr el riesgo si pongo en funcionamiento o no, porque si no lo se operar ya queda en mi responsabilidad si lo opero o no.

**Pregunta:** ¿De acuerdo a su respuesta a quién le correspondía operar el sistema?

**Respuesta:** A la entidad. La DIAN

**Pregunta:** ¿Cuándo usted dice operar es hacer los mantenimientos?

Respuesta: Si, exacto.

(...)

**Pregunta:** ¿Cómo hace un ingeniero sanitario y ambiental para rendir un dictamen técnico sobre la funcionalidad de un pozo séptico si en el momento de la verificación en el sitio, no se hace excavación o verificación real del funcionamiento?

**Respuesta:** Yo solo contaba con horas para realizar esa verificación, no podía quedarme y tampoco tenía el presupuesto para llevar a cabo una excavación a los alrededores o hacer la limpieza.

**Pregunta:** ¿Cuánto puede ser la vida útil de un pozo séptico de las características y condiciones técnicas contratadas por la DIAN? Y de haber quedado construido en perfectas condiciones.

**Respuesta:** si se realiza un buen mantenimiento puede tener una vida útil de 25 años.

Conforme las pruebas recaudadas, la Sala llega a las siguientes conclusiones respecto a la falla del pozo séptico alegada por la entidad contratante.

En primer lugar, cabe resaltar que la obra fue entregada y recibida a satisfacción por la entidad, lo que, sin lugar a dudas, descarta la existencia de un incumplimiento contractual y obliga a analizar dicha situación en el campo de la estabilidad de la obra, puesto que, se reitera, la actividad contratada, es decir la realización de un pozo séptico fue ejecutada y se recibió a satisfacción sin observación alguna por parte del contratante.

Ahora bien, dentro del plenario, está probado con los testimonios allegados y las pruebas documentales antes referenciadas que en un inicio la obligación del contratista respecto a este tema consistía en el mantenimiento del pozo e instalación de las nuevas conexiones sanitarias al mismo, que con posterioridad dicha actividad fue replanteada creándose la necesidad de realizarse un nuevo pozo séptico cuya elaboración y diseños estuvieron a cargo del contratista, es decir, organización Aycardi S.A.S.

Igualmente se encuentra acreditado, conforme lo expuesto por la perito, que el sistema estaba sobredimensionado, atendiendo a la capacidad de personas que laboran en la entidad, la cual corresponde a 60 personas.

En lo que respecta a la falla del pozo séptico y la posible causa del mismo, el dictamen pericial allegado y la sustentación del mismo hacen referencia a una falta de mantenimiento del sistema, la cual estaba en cabeza de la entidad contratante como usuario final del mismo. Al respecto es necesario realizar las siguientes precisiones: conforme al manual de uso y mantenimiento remitido por el contratista al perito y anexado al dictamen pericial allegado, el mantenimiento de los tanques sépticos debía realizarse de forma anual por el profesional cualificado, en el siguiente sentido:

**“MANTENIMIENTO**

***POR EL PROFESIONAL CUALIFICADO***

- Cada año:
  - Comprobación del correcto funcionamiento de los equipos (consumos, caudales).
  - Comprobación de los fangos existentes en la cisterna.”

Para la Sala el informe realizado por la perito Adriana Lorena Cabrera Chaves no muestra de forma clara y certera cuáles fueron las causas de la falla del sistema, toda vez que la profesional solo realizó una inspección del campo, de las baterías sanitarias, el sector de la cocina y el terreno donde se encuentra instalado el sistema. Tal como se indica en el informe y reiterado en la sustentación del mismo, por falta de tiempo y presupuesto con que contaba la profesional, no se realizó una verificación del sistema, verificación del estado de los tanques instalados, de las conexiones así como de la cantidad de lodos que contienen los mismos. El

conocimiento del estado de los anteriores elementos es necesario para poder tener una mayor comprensión de la obra realizada, del funcionamiento del mismo y poder así contar con elementos suficientes para poder determinar una posible causa del colapso del mismo.

Para la Sala resulta llamativo que escasamente a un año de la entrega, el sistema hubiere presentado inconvenientes en su funcionamiento al punto de generar malos olores a su alrededor y derrame de fluidos, teniendo en cuenta que conforme a lo expuesto por la perito, el sistema estaba sobredimensionado. Lo anterior conlleva a presumir que se contaba con la capacidad suficiente para soportar una carga mayor a los volúmenes generados en la entidad y, por ende, se podía considerar una prolongación en el tiempo de la necesidad de mantenimiento, puesto que se reitera se cuenta con una mayor capacidad de almacenamiento de lodos. La circunstancia expuesta, es decir, el sobredimensionamiento del sistema, permite inferir, que el daño podría no ser consecuencia de una falta de mantenimiento sino a problemas mismos del sistema.

Dentro del plenario no se encuentra demostrado que las causas de la falla del sistema de tratamiento fueren imputables a la entidad. En efecto, el contratista no probó que la falta de mantenimiento o el mal uso del sistema arrojara como consecuencia el colapso del pozo séptico, por el contrario, se encuentra probado, que conforme al sobredimensionamiento del sistema, el mantenimiento de un año podría haberse extendido un poco más en el tiempo.

### **De las actividades pendiente por realizar**

La entidad demandada alega haber quedado pendiente por parte del contratista las siguientes actividades:

- ✓ Marcación de tableros eléctricos de auditorio
- ✓ Falta hacer resanes de muros en auditorio, oficina archivo, bodega archivo y oficina bodega mercancías. Se debe resanar con pañete, estucar y pintar.
- ✓ Tapar espacios superiores e inferiores en los marcos de ventanas de auditorio, bodega, almacén y archivo, se debe resanar y pintar.
- ✓ Arreglar desagüe de aire acondicionado de oficina archivo que se desadapta fácilmente y tapar con canaleta.

## SIGCMA

- ✓ Enchapar borde de puertas de acceso a auditorio, con porcelanato, cambio de dos piezas de porcelanato y elaborar orificio para pasadores de piso de las puertas con herramienta apropiada.
- ✓ Revisar las chapas y pasadores de las puertas de acceso auditorio y archivo, ya que no funcionan correctamente y el recorrido del pasador es corto, dejando expuesto el mismo.
- ✓ Cambio de vidrio fijo de parte inferior ventana punto de contacto. Debe ser vidrio de seguridad de 8 mm, igual a los demás.
- ✓ Suministro e instalación de pomo de ducha de baño del director seccional.

Por su parte, la sociedad demandada manifestó que los pendientes alegados por la entidad fueron atendidos, entregados y recibidos a cabalidad por la entidad demandante e incluso fueron pagados por la contratante por lo que a su parecer se configura la excepción de hechos cumplidos.

Una vez analizados los argumentos expuestos por las partes tanto en la demanda como en su contestación, se puede inferir que efectivamente al momento de hacerse la entrega de la obra contratada quedaron actividades pendientes a cargo del contratista, las cuales quedaron consignadas en el acta de entrega final de obra de fecha seis (6) de mayo de 2015. Del listado de pendientes, la entidad manifestó que unas fueron atendidas por la firma contratista, quedando pendientes otras actividades, las cuales son objeto de reclamación dentro del proceso.

Si bien la parte demandada alega que las actividades que se señalan como pendientes fueron atendidas, recibidas y canceladas por la entidad, lo cierto es que no obra dentro del plenario prueba alguna que sustente dicha afirmación. No fue allegado certificado, acta, constancia o soporte alguno que permita inferir a la Sala el pleno cumplimiento de la obligación reclamada y que estaba a cargo del contratista.

Por otra parte, se considera necesario poner de presente que de conformidad con lo expuesto en la demanda y ratificado en la contestación, se tiene que el valor total del contrato No. 100215312-210-0-2013 de 27 de septiembre de 2013 fue la suma de cuatro mil cuatrocientos setenta y cuatro millones setecientos treinta mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos (\$4.474.730.447,00) Mcte. De esa suma, la entidad canceló al contratista un total de cuatro mil cuatrocientos cuatro millones

setecientos cincuenta y tres mil ochenta y nueve pesos (\$4.404.753.089,00). Así pues, quedó un saldo a favor del contratista por la suma de \$69.977.358. Respecto de lo anterior, la Sala debe hacer notar que no obra prueba en el sentido que el contratista hubiese realizado gestión alguna para solicitar el certificado de paz y salvo y, consecuentemente, el pago de la suma pendiente, máxime si como se manifiesta en la contestación de la demanda se ha cumplido a cabalidad con las actividades enlistadas como pendientes en el acta de recibo final. Para esta Corporación no resulta entendible que el contratista, a pesar de haber dado presunto cumplimiento total a las obligaciones contractuales, se hubiere abstenido de procurar el pago del saldo a su favor.

### **De los incumplimientos acreditados**

De conformidad con el análisis expuesto a lo largo de la providencia, se puede concluir que se encuentran probados los siguientes incumplimientos en relación con el objeto del contrato No. 100215312-210-0-2013 de 27 de septiembre de 2013, por parte de la sociedad demandada:

1. Incumplimiento de la obligación contractual de realizar los mantenimientos preventivos y correctivos de los equipos de aire acondicionado dentro del periodo de cuatro años a partir de la entrega de los bienes a la entidad, es decir, a partir del 6 de mayo de 2015.
2. Incumplimiento de la obligación contractual de realizar mantenimiento de las instalaciones eléctricas dentro del periodo de cuatro años a partir de la entrega de los bienes a la entidad.
3. La no entrega de la totalidad de las actividades contratadas. Es decir:
  - ✓ Marcación de tableros eléctricos de auditorio
  - ✓ Falta hacer resanes de muros en auditorio, oficina archivo, bodega archivo y oficina bodega mercancías. Se debe resanar con pañete, estucar y pintar.
  - ✓ Tapar espacios superiores e inferiores en los marcos de ventanas de auditorio, bodega, almacén y archivo, se debe resanar y pintar.
  - ✓ Arreglar desagüe de aire acondicionado de oficina archivo que se desadaptada fácilmente y tapar con canaleta.
  - ✓ Enchapar borde de puertas de acceso a auditorio, con porcelanato, cambio de dos piezas de porcelanato y elaborar orificio para pasadores de piso de las puertas con herramienta apropiada.

- ✓ Revisar las chapas y pasadores de las puertas de acceso auditorio y archivo, ya que no funcionan correctamente y el recorrido del pasador es corto, dejando expuesto el mismo.
- ✓ Cambio de vidrio fijo de parte inferior ventana punto de contacto. Debe ser vidrio de seguridad de 8 mm, igual a los demás.

En lo que respecta a la falla del sistema de tratamiento o pozo séptico y las filtraciones que presenta la cubierta, se tiene que dichas actividades fueron recibidas a satisfacción por la parte actora, razón por la cual sobre estos aspectos no puede hablarse de incumplimiento de una obligación contractual, puesto que los mismos hacen referencia a daños o deterioros que ha sufrido la obra entregada por el contratista (pozo séptico y las cubiertas). Estos aspectos debían ser analizados dentro del plano de las garantías de estabilidad de la obra y no del incumplimiento contractual.

#### **De la cláusula penal pecuniaria**

El artículo 1592 del C.C. define la cláusula penal como 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. En este orden, la cláusula penal ha sido entendida como una tasación anticipada de los perjuicios que realizan las partes en el contrato, quedando exenta la entidad de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento.

Al respecto el Consejo de Estado<sup>16</sup> ha sostenido lo siguiente:

“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.”

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, Rad. No. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

En lo concierne a su naturaleza, la jurisprudencia<sup>17</sup> ha sostenido lo siguiente:

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

(...)“

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

De conformidad con la jurisprudencia anotada, puede concluirse que la cláusula penal (i) tiene un fin indemnizatorio, puesto que busca resarcir el daño ocasionado por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación, (ii) es una cláusula accesorio, puesto que su existencia depende de la existencia de la obligación principal y (iii) su fuente es la voluntad de las partes, puesto que son estas quienes deciden incluirla en el contrato y los términos en que se fija.

Dentro del contrato de obra No. 100215312-210-0-2013 de 27 de septiembre de 2013, las partes establecieron la cláusula penal en los siguientes términos:

**“17) PENAL PECUNIARIA:** Si el **CONTRATISTA no** diere cumplimiento en forma total o parcial al objeto o a las obligaciones emanadas del contrato, pagará a **LA DIAN**, el **PECUNIARIA:** Si el **CONTRATISTA no** diere cumplimiento en forma total o parcial al objeto o a las obligaciones emanadas del contrato, pagará a **LA DIAN**, veinte por ciento (20%) del valor total del mismo, como estimación anticipada de perjuicios, sin que lo anterior sea óbice para que se imponga las multas a que haya lugar/ o reclamación de perjuicios ocasionados.

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, Rad. No. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

En la demanda, la entidad solicita se condene a la demandada al pago de la cláusula penal la cual corresponde a la suma de ochocientos ochenta millones novecientos cincuenta mil seiscientos dieciocho pesos (\$880.950.618), suma que corresponde al 20% del valor del contrato.

Como se ha anotado en el trascurso de esta providencia, se tiene que la firma contratista sociedad Organización Aycardi S.A.S. hoy Agopla S.A.S. ha incumplido el contrato de obra No. 100215312-210-0-2013 suscrito con la DIAN en tres (3) aspectos, lo concerniente (i) a los mantenimientos de los equipos de aire acondicionado, (ii) el manteamiento de los equipos eléctricos y (iii) las actividades pendientes por realizar anotadas en el acta de entrega final. Teniendo en cuenta que dichos incumplimientos no corresponden al 100% de la obligación principal, corresponde analizar a cuánto equivale el monto de los perjuicios derivados de tales incumplimientos, puesto que, si los mismos se encuentran por debajo de la suma reclamada, es decir, del monto de la cláusula penal, no resultaría procedente el reconocimiento de los perjuicios en los términos pretendidos por la entidad, siendo lo procedente efectuar la graduación judicial de la cláusula penal.

### **Graduación judicial de la cláusula penal**

Sobre esta facultad del juez, el Consejo de Estado explica que de conformidad con lo establecido en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio la graduación de la cláusula penal pecuniaria contempla una doble naturaleza, puesto que es una potestad que la ley otorga al juez y, a su vez, comporta un derecho en favor de las partes, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad.

**“Artículo 1596.** Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

**“Artículo 867.** Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. “Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

“Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, **podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el**

**acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.”** (Negrilla del texto)

Igualmente, la doctrina respecto al tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, en la equidad y en el principio de proporcionalidad, sostiene lo siguiente:

“Dice el art. 1539 que ‘si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal’

. “Esta disposición tiene su fundamento en la equidad. El deudor no puede pagar al acreedor, contra la voluntad de éste, una parte de su deuda, aunque ésta sea divisible; y por consiguiente, los efectos de pago parcial no pueden libertarlo de parte alguna de la pena estipulada en caso de inejecución. Pero, si el acreedor acepta recibir la parte que el deudor le ofrece, el deudor tendrá el derecho que la ley le reconoce para que, si el acreedor le exige la pena, se rebaje esta proporcionalmente a la parte que el deudor ha pagado de la obligación primitiva. (...)“

Nuestro Código da en este caso al deudor el derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada; de modo que no depende del arbitrio del juez o no esta rebaja, ni hacer una rebaja arbitraria y antojadiza, sino que tiene que hacerla guardando proporción entre la parte de la obligación principal que ha sido cumplida y la parte aún no ejecutada; de modo que si el deudor ha ejecutado la mitad o más o menos la mitad de la obligación principal deberá rebajar la mitad de la pena; si la tercera parte de la obligación principal, la tercera parte de la pena.

(...)

“Naturalmente, el juez tendrá que resolver las controversias que se susciten entre las partes sobre la proporcionalidad que debe observarse en la reducción de la pena en caso de ejecución parcial de la obligación principal, como toda cuestión que entre ellos se produzca, pero la disposición de nuestro Código es más equitativa, porque reduce a términos muy restringidos lo arbitrario del juez

## **De los perjuicios derivados por el incumplimiento contractual**

### Reposición de equipos de aire acondicionado

De conformidad con el escrito de demanda y las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que dos (2) equipos de aire acondicionados se encuentra dañados, los cuales hacen referencia a un (1) equipo Mini Split de 12.000 BTU 1 tonelada y un (1) equipo MiniSplit de 9.000 BTU 0.75 toneladas

Para establecer el valor de los equipos de aire acondicionado, teniendo en cuenta que la entidad no allegó cotizaciones o prueba específica del valor de dichos elementos en el mercado, se procederá a tomar los precios establecidos para dichos elementos en el contrato de obra-Anexo Técnico No. 1<sup>18</sup>, sumas que deberán ser actualizadas con la finalidad de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Referencia	Valor Unitario
Equipos Minisplit de 12.000 BTU 1 tonelada	\$1.637.920.00
Equipo Minisplit de 9.000 BTU 0.75 toneladas	\$1.012.580.00

#### Mantenimiento de equipos de aire acondicionado

En lo que concierne a los mantenimientos de los equipos de aire acondicionados, como se anotó líneas atrás, se encuentra acreditado que desde la fecha de entrega de los bienes hasta la presentación de la demanda se encontraban pendientes por realizar un total de 21 mantenimientos preventivos.

Dentro las pruebas allegadas al plenario por la parte actora, se tiene una cotización realizada por la empresa Refrigeración Gómez Wilson de fecha seis (6) de noviembre de 2015<sup>19</sup>, en los siguientes términos:

# M/TOS	DESCRIPCIÓN	FRECUENCIA	CANTIDAD DE EQUIPOS	VALOR M/TO POR EQUIPO	VALOR TOTAL M/TO
1	Aires acondicionados mini Split de 9.000, 12.000, 18.000, 24.000 y 36.000 Btu	BIMENSUAL	25	70.000	1.750.000

<sup>18</sup> Ver folio 66 carpeta No. 1 parte 1.y folio 15 de la carpeta 2 parte 3.

<sup>19</sup> Ver folio No. 20 de la carpeta No. 8 parte -3

Expediente:88-001-23-33-000-2018-00010-00  
 Demandante: DIAN  
 Demandado: Organización Aycardi S.A.S. Hoy AGOPLA SAS  
 Medio de control: Controversias Contractuales

**SIGCMA**

1	Aires acondicionados mini Split de 60.000Btu o 5TN	BIMENSUAL	3	120.000	360.000
1	Aires acondicionados central de 90.000 Btu o 7.5 TN	BIMENSUAL	2	150.000	300.000
<b>VALOR TOTAL</b>					<b>2.410.000</b>

Igualmente, se observa orden de servicio No. 01-2016, celebrado entre la organización Aycardi SAS y el señor Manuel Diaz Casanova-FD Refrigeración de fecha primero (1°) de octubre de 2016, cuyo objeto consistió en la realización de mantenimiento preventivo y correctivo de los 30 aires de la Dirección de Impuestos y Aduanas de San Andrés, islas.

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UND	CANT	VL. UNITARIO	VL TOTAL
	MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE 30 AIRES ACONDIONADO, LAVADO DE TODOS LOS FILTROS DE LA MANEJADORA, LAVADO DE TODAS LAS MANEJADORAS, LAVADO DE TODAS LAS UNIDADES CONDENSADORAS.	MES	12	\$2.000.000	\$24.000.000
	<b>VALOR TOTAL DEL CONTRATO</b>				<b>\$24.000.000</b>

Comoquiera que dentro del plenario no obra otra prueba por medio de la cual se pueda tomar como referencia para establecer el valor de los perjuicios irrogados, se procederá a tasar el valor de los mantenimientos dejados de realizar por la firma contratista fundándose para ello en el valor mensual señalado en el contrato celebrado por el contratista para tal fin, es decir, la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000).

En este orden, teniendo en cuenta que el periodo que se indemniza es de 21 meses y el valor mensual del mantenimiento de los 30 equipos de aire acondicionados para el año 2016 correspondía a la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), se tiene que por concepto de mantenimiento de 21 meses se adeuda la suma de cuarenta y dos millones de pesos (\$42.000.000) suma que deberá ser actualizada con la finalidad de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

#### Daño de la subestación eléctrica

Dentro del plenario obra cotización por los daños ocurridos en la subestación realizada por la Sociedad Productora de Energía de San Andrés y Providencia - SOPESA, de fecha tres (3) de marzo de 2020, mediante la cual establece que los arreglos de los daños presentados a la subestación ascienden a la suma de \$14.953.787. Sobre este valor, la Sala debe indicar que le otorga total credibilidad por ser la empresa encargada de prestar el servicio de energía en el Departamento Archipiélago y, por ende, la entidad calificada para establecer dicho valor. La suma antes señalada deberá ser actualizada con la finalidad de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

#### Actividades pendientes por realizar

En lo que concierne a las actividades pendientes por realizar, observa la Sala que no obra dentro del expediente prueba alguna por medio de la cual se puede determinar el valor de dichas actividades. Para establecer lo pertinente entonces, se tomará en consideración la suma que la entidad no ha sufragado al contratista por estar pendientes actividades de la obra contratada, que equivale al 1.56% de la ejecución del contrato. En consecuencia, esta es la proporción que se otorgará de la cláusula penal, toda vez que es el porcentaje faltante para obtener el 100% de ejecución del contrato.

#### De la indexación de los montos reconocidos a favor de la entidad demandante en razón al incumplimiento parcial del contrato por parte de la firma contratista.

Para la actualización de las sumas reconocidas a favor de la DIAN, se procederá a utilizar la siguiente fórmula:

$$Ca = Ch \frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC Inicial}}$$

Ch = Valor total a favor de la UAE DIAN luego de establecidos los montos a su favor por hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por el incumplimiento parcial del contrato.

IPC Inicial = Índice de precios al consumidor que corresponde al mes en que se hizo la cotización respecto de los ítems incumplidos por el contratista

IPC Final = Índice de precios al consumidor que corresponde al mes en que se profiere esta sentencia

➤ **Valor de los equipos de aire acondicionados**

**Actualización**

Fecha inicial 01/05/2013  
 Fecha final 19/04/2022

**Equipos Minisplit  
 de 12.000BTU 1  
 tonelada**

**\$  
 1.637.920**

VP =	VA x	$\frac{\text{IPC Final (Marzo 2022)}}{\text{IPC Inicial (Mayo 2013)}}$
VP =	\$ 1.637.920	$\frac{116,26000}{79,210000}$
VP =	\$ 1.637.920	1,46774
<b>VP =</b>	<b>\$ 2.404.047</b>	<b>Renta Actualizada</b>

**Actualización**

Fecha inicial 01/05/2013  
 Fecha final 19/04/2022

**Equipo Minisplit  
 de 9.000 BTU 0.75  
 toneladas**

**\$  
 1.012.580**

VP =	VA x	$\frac{\text{IPC Final (Marzo 2022)}}{\text{IPC Inicial (Mayo 2013)}}$
VP =	\$ 1.012.580	$\frac{116,26000}{79,210000}$
VP =	\$ 1.012.580	1,46774
<b>VP =</b>	<b>\$ 1.486.208</b>	<b>Renta Actualizada</b>

➤ **Mantenimiento de equipos de aire acondicionado**

**Actualización**

Fecha inicial 15/10/2016  
 Fecha final 19/04/2022

<b>Valor</b>	<b>\$</b>		
	<b>42.000.000</b>		
VP =	VA x	<u>IPC Final (Marzo 2022)</u>	
		IPC Inicial (Octubre 2016)	
VP =	\$ 42.000.000	<u>116,26000</u>	
		92,620000	
VP =	\$ 42.000.000	1,25524	
<b>VP =</b>	<b>\$ 52.719.931</b>	<b>Renta Actualizada</b>	

➤ **Daño de la subestación eléctrica**

**Actualización**

Fecha inicial 13/03/2020  
 Fecha final 19/04/2022

<b>Daño subestación eléctrica</b>	<b>\$</b>		
	<b>14.953.787</b>		
VP =	VA x	<u>IPC Final (Marzo 2022)</u>	
		IPC Inicial (Marzo 2020)	
VP =	\$ 14.953.787	<u>116,26000</u>	
		105,530000	
VP =	\$ 14.953.787	1,10168	
<b>VP =</b>	<b>\$ 16.474.247</b>	<b>Renta Actualizada</b>	

➤ **Actividades pendientes por realizar**

**Actualización**

Fecha inicial 08/04/2015  
 Fecha final 19/04/2022

**Actividades pdtes por realizar \$ 13.742.830**

VP =	VA x	$\frac{\text{IPC Final (Marzo 2022)}}{\text{IPC Inicial (Abril 2015)}}$
VP =	\$ 13.742.830	$\frac{116,26000}{86,694966}$
VP =	\$ 13.742.830	1,34102
<b>VP =</b>	<b>\$ 18.429.460</b>	<b>Renta Actualizada</b>

**GRAN TOTAL \$91.513.893**

**DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL**

Procede la Sala a revisar los elementos para la liquidación judicial del contrato, así:

**Valor del contrato**

El valor inicial del contrato fue pactado en la suma de dos mil novecientos treinta y nueve millones novecientos sesenta y dos mil ciento sesenta y ocho (\$2.939.962.168.00) pesos m/cte.

Adiciones en valor al contrato.

Modificación No. 2: se adicionó la suma de mil cuatrocientos veinticuatro millones setecientos sesenta y ocho mil doscientos setenta y nueve pesos (\$1.424.768.279.00) M/Cte. al valor inicial del contrato

Modificación No. 4: se adicionó la suma de ciento diez millones de pesos (\$110.000.000.00) M/Cte. al valor inicial del contrato.

**Valor final del contrato:** CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS TREINTA MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$4.474.730.447.00) M/Cte.

### **Pagos efectuados**

Los pagos efectuados en relación con el contrato se resumen de la siguiente manera:

### **Cuadro Pagos Efectuados**

Teniendo en cuenta que dentro del plenario no obra prueba alguna de los pagos efectivamente realizados durante la etapa de ejecución del contrato y que la parte actora dentro del escrito de demanda manifestó haber cancelado a la firma contratista la suma de \$4,404,753,087,00, hecho que fue corroborado por la parte demandada en la contestación, la Sala atenderá dicha circunstancia a efectos de realizar la liquidación del contrato. Lo anterior teniendo en cuenta que ninguna de las partes, a lo largo del trámite procesal, manifestó objeción alguna respecto de los pagos realizados.

<b>VALOR TOTAL PAGADO</b>	<b>\$4,404,753,087,00</b>
<b>Total saldo no pagado</b>	<b>\$69.977.360,00</b>
<b>VALOR TOTAL DEL CONTRATO</b>	<b>\$4.474.730.477.00</b>

### **Plazo de ejecución del contrato**

El plazo inicial para la ejecución del contrato fue de seis (6) meses.

El acta de inicio se suscribió el 20 de noviembre de 2013<sup>20</sup>.

Se suscribieron cuatro (4) prórrogas de la siguiente manera:

---

<sup>20</sup> Ver folio No. 71 de la carpeta No. 6- parte 2

Expediente:88-001-23-33-000-2018-00010-00  
 Demandante: DIAN  
 Demandado: Organización Aycardi S.A.S. Hoy AGOPLA SAS  
 Medio de control: Controversias Contractuales

**SIGCMA**

Datos de prórrogas			Datos adicionales		
Modificación	Plazo	Plazo total	Modificación	Valor	Valor total
No. 1	Cuatro (4) Meses	Diez (10) meses, hasta el 20 de septiembre del 2014.	No. 1	N/A	N/A
No. 3	Tres (3) meses	trece (13) meses, hasta el 20 de diciembre de 2014	No. 3	N/A	N/A
No.5	Cuarenta y dos (42) días calendarios	Hasta el 31 de enero de 2015	No. 5	N/A	N/A
No. 8	Veintinueve (29) días calendarios	Desde 20 de marzo de 2015 hasta el 17 de abril de 2015	No.8	N/A	N/A

Fecha de terminación: 17 de abril de 2015

Según lo documentado en el expediente, se realizaron dos (2) suspensiones del término del contrato.

DATOS DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO			
Fecha de suspensión		Tiempo de suspensión	
No. 1	Desde el 29 de enero de 2015	No. 1	Hasta el 1° de marzo de 2015
No. 2	Desde el 2 de marzo de 2015	No. 2	Hasta el 19 de marzo de 2015

### **Obras no ejecutadas**

De acuerdo con lo manifestado en la demanda quedaron pendientes las siguientes actividades.

- ✓ Marcación de tableros eléctricos de auditorio
- ✓ Falta hacer resanes de muros en auditorio, oficina archivo, bodega archivo y oficina bodega mercancías. Se debe resanar con pañete, estucar y pintar.
- ✓ Tapar espacios superiores e inferiores en los marcos de ventanas de auditorio, bodega, almacén y archivo, se debe resanar y pintar.
- ✓ Arreglar desagüe de aire acondicionado de oficina archivo que se desadapta fácilmente y tapar con canaleta.
- ✓ Enchapar borde de puertas de acceso a auditorio, con porcelanato, cambio de dos piezas de porcelanato y elaborar orificio para pasadores de piso de las puertas con herramienta apropiada.

## SIGCMA

- ✓ Revisar las chapas y pasadores de las puertas de acceso auditorio y archivo, ya que no funcionan correctamente y el recorrido del pasador es corto, dejando expuesto el mismo.
- ✓ Cambio de vidrio fijo de parte inferior ventana punto de contacto. Debe ser vidrio de seguridad de 8 mm, igual a los demás.
- ✓ Suministro e instalación de pomo de ducha de baño del director seccional.

### Resumen de la liquidación

<b>Valor total del contrato</b>	\$4.474.730.447.00
<b>Valor total ejecutado</b>	\$4.404.753.087.00
<b>Valor total pagado</b>	\$4.404.753.087.00
<b>Valor no ejecutado del contrato</b>	\$69.977.360.00
<b>Valor total anticipo pagado</b>	\$1.469.981.084.00
<b>Valor amortizado del anticipo</b>	\$1.469.981.084.00
<b>Saldo del anticipo sin amortizar</b>	\$0
<b>Valores a favor del contratista por</b>	\$0
<b>Obras ejecutadas y no canceladas</b>	\$0
<b>Valor a favor de la entidad</b>	\$69.977.360.00
<b>Valor cláusula penal pecuniaria</b>	\$ 91.513.893

### Honorarios del perito

Observa la Sala, que durante el trámite del proceso se rindió dictamen pericial por solicitud de la parte demandada, dictamen pericial el cual suministró herramientas necesarias que sirvieron de medios probatorios de los hechos y pretensiones alegados por las respectivas partes. Como quiera que dentro del trámite procesal no fueron fijados honorarios a favor del perito señor Jaime Alberto Castro Cárdenas, gerente de la sociedad FRIOSAI SAS, procede la Sala a fijar por dicho concepto la

suma de tres (3) SMLMV los cuales estarán a cargo de la parte demandada, es decir Organización Aycardi S.A.S. hoy Agopla S.A.S.

**- CONDENA EN COSTAS**

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas a la parte demandante, para lo cual, atendiendo las pautas señaladas en el numeral primero del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016, emitido por Consejo Superior de la Judicatura, y atendiendo la naturaleza, calidad y duración de la gestión desplegada en esta Litis por el extremo favorecido (Artículo 2º ibídem), se fijará en este proveído como monto de las agencias en derecho el equivalente un (1) S.M.L.M.V.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**IV. FALLA**

**PRIMERO: DECLÁRASE** el incumplimiento del contrato número 100215312-210-0-2013 de 27 de septiembre de 2013, por parte del contratista ORGANIZACIÓN AYCARDI S.A.S. – hoy AGOPLA SAS.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNESE** a la ORGANIZACIÓN AYCARDI S.A.S. – hoy AGOPLA SAS., al pago de la cláusula penal pecuniaria por un valor total de **NOVENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS TRECE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (\$91.513.893) M/CTE.**

**TERCERO: LIQUÍDESE JUDICIALMENTE** el contrato número 100215312-210-0-2013 de 27 de septiembre de 2013, en los siguientes términos:

<b>Valor total del contrato</b>	\$4.474.730.447.00
<b>Valor total ejecutado</b>	\$4.404.753.087.00
<b>Valor total pagado</b>	\$4.404.753.087.00

Expediente:88-001-23-33-000-2018-00010-00  
Demandante: DIAN  
Demandado: Organización Aycardi S.A.S. Hoy AGOPLA SAS  
Medio de control: Controversias Contractuales

**SIGCMA**

<b>Valor no ejecutado del contrato</b>	\$69.977.360.00
<b>Valor total anticipo pagado</b>	\$1.469.981.084.00
<b>Valor amortizado del anticipo</b>	\$1.469.981.084.00
<b>Saldo del anticipo sin amortizar</b>	\$0
<b>Valores a favor del contratista por</b>	\$0
<b>Obras ejecutadas y no canceladas</b>	\$0
<b>(incluido AIU)</b>	
<b>Valor a favor de la entidad</b>	\$69.977.360.00
<b>Valor cláusula penal pecuniaria</b>	\$ 91.513.893

**CUARTO: Condénese** a la parte demandada al pago de las costas. Inclúyanse como Agencias en Derecho equivalente a un (1) S.M.L.M.V.

**QUINTO: Fíjense** los honorarios del perito señor Jaime Alberto Castro Cárdenas, gerente de la sociedad FRIOSAI SAS, en la suma de tres (3) SMLMV los cuales estarán a cargo de la parte demandada, es decir Organización Aycardi S.A.S. hoy Agopla S.A.S.

**SEXTO: NIÉGUENSE** las demás pretensiones de la demanda.

**SÉPTIMO: ORDÉNESE** el cumplimiento de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**

**NOEMÍ CARREÑO CORPUS**

Expediente:88-001-23-33-000-2018-00010-00  
Demandante: DIAN  
Demandado: Organización Aycardi S.A.S. Hoy AGOPLA SAS  
Medio de control: Controversias Contractuales

**SIGCMA**

**JOSÉ MARÍA MOW HERRERA**

**JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-23-33-000-2018-00010-00)

Código: FCA-SAI-05

Versión: 01

Fecha: 14/08/2018

**Firmado Por:**

**Noemi Carreño Corpus**

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

**Contencioso 003 Administrativa**

**Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

**Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez**

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

**Contencioso 001 Administrativa**

**Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

**Jose Maria Mow Herrera**

Expediente:88-001-23-33-000-2018-00010-00  
Demandante: DIAN  
Demandado: Organización Aycardi S.A.S. Hoy AGOPLA SAS  
Medio de control: Controversias Contractuales

**SIGCMA**

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

**Contencioso 002 Administrativa**

**Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**1d98e07a1461c631fa9676f0947e1a4618e70aa28e9542f620f8b40192f87f02**

Documento generado en 20/04/2022 11:30:48 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**