



157

Señores

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Avenida Ambalá Calle 69 No. 19-109 Esquina Segundo Piso

Edificio Comfatolima

IBAGUE TOLIMA

jadmin06ibe@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia: **MEDIO DE CONTROL CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**
Radicado: 73001333300620190000300
Demandante: **AGUAS SANITARIAS S.A.S**
Demandados: **FONDO ADAPTACION Y OTROS**

LUZ ALBA MARTIN MIRANDA, abogada, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.484.818 de Bogotá y portadora de la Tarjeta Profesional No. 75.699 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderada especial del **FONDO ADAPTACIÓN**, conforme al poder debidamente otorgado que se adjunta, dentro de la oportunidad establecida en los artículos 172 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procedo a descender el traslado de la demanda de la referencia que fue notificado vía correo electrónico el 28 de marzo de 2019 radicado en el FA bajo el No. R-2019-005958 del 28-03-2019 y en físico con el radicado No. R-2019-007644 del 23/04/2019 en los siguientes términos:

ACLARACIÓN PRELIMINAR

Como quiera que mediante auto de fecha 05 de febrero de 2019 se dispuso "*Por reunir los requisitos exigidos en la ley, se ADMITE la anterior demanda de CONTROVERSIAS CONTRACTUALES promovida por AGUAS SANITARIAS SAS, contra el FONDO DE ADAPTACIÓN (sic)*", se considera pertinente aclarar que una vez revisado cuidadosamente el escrito de la demanda, se encuentra que esta no cumple con los requisitos prescritos en el artículo 162 del CPACA, veamos:

"Artículo 162. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá: 1. La designación de las partes y de sus representantes. 2. **Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.** 3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados. 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. 5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder. 6. **La estimación razonada de la cuantía**, cuando sea necesaria para determinar la competencia. 7. El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica."

Así mismo la Ley 564 de 2012 Código General del Proceso, establece:

Artículo 82. Requisitos de la demanda. Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos: 1. La designación del juez a quien se dirija. 2. El nombre y domicilio de las partes y, si no pueden comparecer por sí mismas, los de sus representantes legales. Se deberá indicar el número de identificación del demandante y de su representante y el de los demandados si se conoce. Tratándose de personas jurídicas o de

distintas maneras, de las cuales no se tiene claridad de los hechos puntuales de la demanda, ni de sus pretensiones, ni siquiera la estimación razonada de la cuantía, tema que será tratado como excepción más adelante por lo que se procederá a dar contestación a los elementos que se considera, podrían llegar a ser hechos presentados en el decurso de la ejecución del contrato, por lo anterior procedemos a descorrer traslado del escrito radicado con el No. R-2019-007644 del 23/04/2019, sobre el cual me paso a pronunciar.

Precisado lo anterior, se tiene que una vez recibida la notificación de la demanda se solicitó al Sector Agua y Saneamiento Básico que presentara un pronunciamiento técnico frente a los hechos y pretensiones con respecto a la presente demanda, mediante comunicación radicada con el I-2019-002437 del 28-03-2019, que indicó lo siguiente:

"De acuerdo con la instrucción dada por el Sectorial de agua y saneamiento, en respuesta al requerimiento realizado según memorando I-2019-002437 del 28 de marzo de 2019, el Sector de Agua y Saneamiento, mediante oficio E-2019-002769 del 29 de marzo de 2019, solicitó al CONSORCIO CEI-SMA en calidad de Interventor del contrato de obra del asunto, el Informe Técnico frente a los hechos y pretensiones del Medio de Control – Controversias contractuales Radicado 2019-003-00 promovida por AGUASANITARIAS S.A.S. contra el Fondo Adaptación.

En este sentido, el CONSORCIO CEI SMA, mediante comunicación IHT-FA-083-0034-19 del 24 de abril de 2019, da respuesta a cada uno de los hechos, así como el concepto frente a las pretensiones planteadas en la demanda contractual – Controversias Contractuales conforme al Artículo 141 del CPACA, presentada por AGUASANITARIAS S.A.S contra el Fondo Adaptación, por lo cual, el Sector se permite precisar lo siguiente:

- ✦ *El 12 de octubre de 2018 mediante comunicación R-2017-027536, el CONSORCIO CEI SMA, en el marco de las obligaciones del contrato de interventoría No.083 de 2014, presentó al Fondo, el ajuste y complementación del informe técnico sobre solicitud de conciliación del Contrato de obra No.168 de 2015.*
- ✦ *El 12 de octubre de 2018 mediante comunicación I-2018-027310, el Sector de Agua y Saneamiento, presentó a Secretaría General - Equipo de Trabajo Defensa Judicial, el concepto técnico sobre la solicitud de Conciliación Prejudicial presentada por la Empresa AGUASANITARIAS S.A.S, contra EL FONDO ADAPTACIÓN, tendiente al reconocimiento y pago del equilibrio económico del contrato de obra No 168 de 2015, concepto que se mantiene frente a las pretensiones relacionadas en la demanda objeto del presente concepto.*
- ✦ *El concepto presentado por el Sector de Agua y Saneamiento, fue ratificado por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Fondo, en sesión realizada el 23 de octubre de 2017, en el sentido de **"No conciliar en la audiencia de conciliación extrajudicial No. 29027, a celebrarse en la Procuraduría 163 Judicial II para Asuntos Administrativos de Ibaqué..."***

Ahora bien, respecto al capítulo denominado por el Demandante como **"DAÑO EMERGENTE"**, nos permitimos precisar lo siguiente:

1. **"DE LAS RETENCIONES INDEBIDAS PRACTICADAS EN LOS PAGOS DE LAS ACTAS DE AVANCE DE OBRA EN EL TRANSCURRIR DEL CONTRATO DE OBRA NO 168 DE 2015".**

Cobro tributario indebido \$22.299.803,78y sus conceptos se detallan a continuación:

- a) \$2.920.325,34, ya reembolsados por la Entidad..... por concepto de ESTAMPILLA PROUNIVERSIDAD Y SEGURIDAD TERRITORIAL.
- b) \$8.085.467,72 ya reembolsados por la Entidad..... por concepto de ESTAMPILLA PRO ADULTO MAYOR.
- c) \$2.021.366,93.....ya reembolsados por la Entidad.....por concepto de ESTAMPILLA PROCULTURA
- d) \$9.272.643,44 por concepto de RETENCIÓN EN LA FUENTE", los cuales no fueron relacionados en la demanda y con lo cual suman el valor total de cobro tributario indebido por \$22.299.803,78.

En este sentido se aclara que, no es procedente realizar el reembolso por concepto de retención en la fuente, acorde con los conceptos emitidos mediante las comunicaciones R-2017-024758 del 2 de octubre de



2018 emitida por el Asesor II del Equipo de Gestión Financiera del Fondo y FO - DGNFPC - 1709 - 2017, del Consorcio FADAP 2012 - Fiduccidente.

2. "DEL INCREMENTO DEL I.V.A POR CAMBIO DE AÑO EN MANO DE OBRA, MATERIALES Y EQUIPO EN EL TRANSCURRIR DEL CONTRATO DE OBRA No 168 DE 2015".

Se realizaron compras por valor de **\$42.721.668** con IVA del 19% para el año 2017 por lo que el valor por incremento del 3% de IVA producto del cambio de año (2016-2017) asciende a la suma total de(\$1.281.650) "

No es procedente dicho incremento, toda vez que el contrato se suscribió desde el año 2015 aclarando que la ejecución de las obras finalizó en mayo de la vigencia 2017 en razón a que:

- ✚ La firma AGUAS SANITARIAS retiró el personal de las obras en el mes de diciembre argumentando el no pago de facturas, que como se mencionó anteriormente No fueron radicadas en el Fondo para trámite de pago.
- ✚ Mediante oficio No 2 del 25 de enero de 2017 se prorrogó el contrato de obra en dos (2) meses y cuatro (4) días, esto por solicitud de la Interventoría, por bajo rendimiento en la obra, y las difíciles condiciones climatológicas presentadas en la zona que impiden el normal desarrollo del contrato y déficit en la mano de obra. Por lo que la fecha de terminación del contrato correspondía al 30 de marzo de 2017.
- ✚ El 27 de marzo de 2017 la Empresa AGUASANITARIAS SAS, mediante oficio No. ODCO-O- 168-039-17, del veintisiete (27) de marzo de 2017, dirigido al Fondo Adaptación, realiza solicitud de prórroga por un término de cuarenta y cinco (45) días, de acuerdo a las siguientes consideraciones:
 - ✓ La fuerte ola invernal que se ha presentado en la zona durante el último mes, ha retrasado las actividades programadas para la terminación dentro del plazo contractual, por lo tanto se realizó un plan de contingencia en obra, el cual se vio afectado por el incremento de las lluvias en los últimos quince (15) días, ocasionando daños en las vías de acceso dificultando el transporte de los materiales como cemento, acero figurado y triturado a la obra, los cuales se encuentran en bodega en el municipio de Icononzo.
 - ✓ La Interventoría considera viable prorrogar el plazo del contrato, ello en aras de cumplir a cabalidad la ejecución de las obras contratadas, y que la comunidad se beneficie con las obras adelantadas en la infraestructura del sistema de acueducto objeto del contrato, por lo tanto se hace necesario prorrogar el contrato de obra No 168 de 2015 por cuarenta y cinco (45) días, con el fin de dar cumplimiento a la totalidad de obligaciones que garanticen las actividades de ejecución de las obras del proyecto objeto de dicho convenio. Por lo que la fecha de terminación del contrato correspondió al 14 de mayo de 2017.

IVA que por generar retrasos en la obra y prorrogas aceptadas por las partes, debe ser asumido directamente por el contratista y no trasladarle dicha obligación a la entidad contratante.

3. "DE LAS RETENCIONES PRACTICADAS A LA EMPRESA AGUAS SANITARIAS S.A.S. POR CONCEPTO DE CONTRIBUCION ESPECIAL (O IMPUESTO DE GUERRA) EN EL TRANSCURRIR DEL CONTRATO DE OBRA No 168 DE 2015".

Ahora bien, el Fondo Adaptación a través de su departamento contable realiza descuento por la suma de \$43.047.114,90 como porcentaje por CONTRIBUCION ESPECIAL

..... entonces el descuento que fue practicado del 5% correspondiente a la contribución especial, NO APLICA y por lo tanto debe Ser Reintegrado....."

En relación con el reintegro solicitado por la Firma AGUASANITARIAS S.A.S, se precisa que el Asesor II del Equipo de Gestión Financiera, mediante comunicación del 2 de octubre de 2010, atendiendo el requerimiento realizado por la firma en mención mediante oficio R-2017-024759, le señala que NO es procedente la solicitud de realizar los reintegros fundamentado en:

"El contrato 2015-C-0168 suscrito entre el Fondo Adaptación y AGUASANITARIAS S.A.S. tiene como objeto la "rehabilitación y optimización del acueducto veredal Mesón del municipio de Icononzo y del sistema de alcantarillado de aguas residuales del corregimiento de Payandé del municipio de San Luis, departamento del Tolima"; por lo tanto, de acuerdo con dicho objeto este contrato se considera de obra pública.

De lo anterior, se puede sintetizar, **para los contratos que celebra el Fondo Adaptación, que los elementos tributarios de la contribución de obra pública son:**

Hecho generador: Suscripción de contratos de obra pública y sus adiciones en valor.

Actividad gravada: Actividades relacionadas con labores materiales (Construcción de obra)

Sujetos pasivos: personas naturales y jurídicas que actúen como contratistas en contratos de obra pública.

Sujetos Activos: Nación, Departamentos y Municipios

Base Gravable: Anticipos y monto de pagos subsecuentes antes de IVA

Tarifa: 5%

Recaudo: Mediante el mecanismo de retención en la fuente.

La Contribución Especial de Obra Pública ha sido prorrogada en varias oportunidades a través de las Leyes 2418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010, 1430 de 2010 y 1738 de 2014 manteniendo los elementos del tributo señalados anteriormente.

Ahora, en relación con lo señalado en el Artículo 1° del Decreto 3461 de 2007, la Oficina Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, expresó mediante el concepto 107189 del 31 de diciembre de 2007, que:

"La contribución del cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato de obra pública o de la respectiva adición y del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere la concesión de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales, dispuesta en el artículo 60 de la Ley 1106 de 2006, tiene previsto como hecho generador, sin excepción alguna y en los términos de las normas que regulan la contratación estatal, la suscripción del contrato respectivo por parte de todas las personas naturales o jurídicas con entidades públicas o con organismos multilaterales.

Significa lo anterior que la causación se produce por la sola suscripción del contrato, independientemente de la modalidad de selección o procedimiento utilizado en la escogencia del contratista ya que esta depende de múltiples factores que en nada afectan la generación del tributo y máxime cuando ninguna de ellas fuera exencionada por el legislador.

Se pregunta si por el hecho de que en la redacción del artículo 1° del Decreto 3461 de 2007 se utilizó la expresión "—como resultado de licitaciones o procesos de selección—," quedan excluidas del gravamen las contrataciones efectuadas bajo una modalidad de selección denominada en distinta forma.

Al respecto es necesario precisar que la expedición de la anterior norma, se surtió en vigencia de la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de contratación de la Administración pública, normatividad que al disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, en el numeral primero del artículo 24 contempla como modalidad general de contratación para la escogencia del contratista, la licitación o concursos público e indica los casos en que puede contratarse directamente.

Luego se profiere la Ley 1150 de 2006 que introduce modificaciones a este Estatuto, dentro de las cuales en el artículo 2o. se establecen como modalidades de selección de quien va a contratar con el estado, las de: a) licitación pública, b) la de selección abreviada, c) la del concurso de méritos y d) la de contratación directa, fijando de manera concreta los supuestos bajo los cuales cada una de ellas opera. La entrada en vigencia de esta Ley, está prevista de manera escalonada; y en relación con las modificaciones señaladas, se decreta expresamente la derogatoria del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 (artículo 32) a partir de la vigencia de la ley, que con algunas excepciones la establece para 6 meses después de su promulgación. La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007, es decir, que empieza a regir el 16 de enero de 2008.

Por lo anterior, resulta claro que las expresiones utilizadas en el Decreto no pueden aludir de manera directa a las modalidades de selección definidas por la Ley 1150 de 2006 por no encontrarse ésta vigente, y en esa medida, debe entenderse que hacen referencia a los procesos de escogencia o de selección que se contemplan en la Ley 80, es decir a licitación o concurso público y a la contratación directa, pues no se excluye expresamente ninguno.

Sin embargo y no obstante que a la fecha de consulta y del presente pronunciamiento el artículo 2o. de la ley 1150 de 2006 no se encuentra vigente, considera este Despacho que cuando este hecho ocurra, la aplicación de la norma tendrá el mismo alcance, es decir que bajo las expresiones "





licitaciones o procesos de selección " quedan cobijadas todas las "modalidades de selección" que trae la nueva disposición, que se repite son: la licitación pública, la de selección abreviada, la del concurso de méritos y la de contratación directa". (Subrayado fuera de texto)

En ese mismo sentido, la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público-MHCP, mediante el concepto 00102 de 2017, expreso que:

"(...) lo establecido en el Decreto 3461 de 2007, para nada varía los elementos estructurales de la contribución sobre contratos de obra pública establecida en la Ley 1106 de 2006, motivo por el cual ésta se causa indistintamente de la modalidad de contratación que se utilice para la adjudicación y suscripción de contratos de obra pública". (Subrayado fuera de texto)

En ese orden de ideas, es claro que con independencia de la modalidad de selección de contratistas utilizados por las entidades estatales, el hecho generador de la Contribución especial de obra pública es la suscripción o adición de contratos de obra pública, por lo que lo señalado en el artículo 1° del Decreto 3461 de 2007, debe leerse en el contexto de establecido en la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos; pues una lectura del Decreto 3461 de 2007 independiente o aislada de la Ley 1150 de 2007 conlleva a una interpretación desactualizada del espíritu de dicha contribución.

Así las cosas, al no existir exenciones en la contribución especial de obra pública que dependan de la modalidad de contratación que utilicen las entidades públicas, se concluye que su solicitud no es procedente y en consecuencia el Fondo Adaptación practicará en cada uno de los pagos realizados al contratista por actividades relacionadas con labores materiales (Construcción de la obra) una retención del 5% del valor cobrado tomando como base el valor facturado menos el impuesto al valor agregado-IVA; valor que posteriormente será transferido a la Dirección General del Tesoro Nacional considerando que en el caso particular del contrato 2015-C-0168 el sujeto Activo de dicha contribución es la Nación."

4. "DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL AJUSTE DE PRECIOS POR CAMBIO DE AÑOS (2015-2017) DEL CONTRATO DE OBRA No.168 DE 2015".

"Cuyo valor es de \$182.254.882. Lo anterior, con base en las pruebas que se entregaron a la interventoría y al Fondo Adaptación en su debida oportunidad para su conocimiento y que hacen parte de la prueba documental en vía administrativas".

"La razón que nos asiste hace relación a que el presupuesto inicial con el que se legalizó el Contrato de obra No.168 de 2015 es bajo la modalidad de valores unitarios con precios del año 2015 y la ejecución de la obra se dio entre los años 2016 y 2017".

.....
"Al resultar excesivamente oneroso para el contratista de la obra asumir el costo del ajuste por cambio de año... que asciende a la suma de \$182.254.882, la empresa Aguasaniarias S.A.S. solicita la revisión y reconocimiento del Equilibrio Económico del Contrato, que por su naturaleza es una circunstancia extraordinaria, imprevisible e imprevista en el proceso de formulación del proyecto...."

Al respecto, el ajuste solicitado NO procede, en tanto que la naturaleza de contrato que suscribieron entre el Fondo y la Empresa Aguasaniarias S.A.S, se pactó el precio por unidades y cantidades de obra y el valor total del contrato es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, precios que se mantendrán durante la ejecución del contrato y se denomina precios unitarios fijos, es importante señalar que dentro del contrato aceptado por las partes no se incluyó cláusula de ajuste revisión de precios.

De igual manera cabe resaltar que frente al equilibrio económico del contrato el Consejo de Estado ha indicado: «(...)»La noción de equilibrio financiero del contrato, sin embargo, no comporta para el contratista una garantía de la utilidad esperada. Hay que distinguir lo que corresponde al riesgo normal del contrato, que el contratista habría podido y debido normalmente prever al momento de contratar, y la pérdida que, en cambio, se produzca por circunstancias extraordinarias, no previsibles o imperiosas que hayan hecho más gravosa la prestación a su cargo".

"La teoría del equilibrio económico no se aplica para suplir las deficiencias económicas en que haya incurrido el contratista al momento de contratar o convenir los precios en relación con los costos vigentes y los probables. Tampoco para corregir los errores de cálculo de la fórmula de ajuste de precios del contrato".

"Lo que sustenta el principio del equilibrio financiero del contrato es que se preserve la equivalencia de las prestaciones en

5. "DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL COSTO DE LA INTERRUPCIÓN Y REINICIO DE OBRA POR FALTA DE PAGO (TRANSPORTE, MATERIALES Y EQUIPOS), Y COSTO DE ARRENDAMIENTO DE OFICINA, SERVICIOS PÚBLICOS, VIGILANTE Y CAMPAMENTO EN EL PLAZO DE OCHO (8) MESES Y DIECINUEVE (19) DÍAS QUE SE ADICIONARON EN LAS TRES (3) PRÓRROGAS AL CONTRATO DE OBRA No.168 DE 2015".

"A. Deberá tener en cuenta y reconocerse los costos adicionales en los que incurrió la empresa AGUASANITARIAS S.A.S. en el transcurso de la ejecución del contrato de obra No.168 de 2015,"

"Por tanto, los costos de transporte de la obra a la ciudad de Pereira y viceversa, materiales y equipos producto de la falta de pago del Fondo, se cuantificaron por la suma total de\$2.300.000".

✚ Al respecto, este reconocimiento **No procede**, debido a que los mismos deben ser asumidos por el contratista como gastos administrativos.

"B. Adicionalmente, ya que no están siendo contemplados por el Fondo los costos de arrendamiento de oficina, servicios públicos, vigilante y campamento, implica una pérdida de utilidad para el Contratista de obras...."

✚ Al respecto, estos reconocimientos **No proceden**, según la siguiente relación:

Arrendamiento de oficina por valor de **\$7.200.000** - El pago por este concepto debe ser cubierto por el contratista, de acuerdo con lo definido en la Cláusula Quinta del contrato, Numeral II Obligaciones Específicas del Contratista – Obligaciones Específicas para la Etapa 2 – Construcción, subnumeral 10.

Campamento por valor de **\$5.400.000** - El pago por este concepto debe ser cubierto por el contratista. En el presupuesto del contrato el ítem 1.3 incluye un campamento en tabla 18 m2, el cual fue presupuestado por el contratista por valor de 1.367.004 antes de A.U.

Servicios públicos por valor de **\$1.325.000** - El pago por este concepto debe ser cubierto por el contratista, de acuerdo con lo definido en la Cláusula Quinta del contrato, Numeral I Obligaciones Generales del Contratista, subnumeral 36 y Numeral II Obligaciones Específicas del Contratista – Obligaciones Específicas para la Etapa 2 – Construcción, subnumeral 11.

Vigilante por valor de **\$3.360.000** - El pago por este concepto debe ser cubierto por el contratista, la Cláusula Sexta del contrato – Vinculación de personal, pago de salarios y prestaciones sociales, establece "el contratista no está laboralmente subordinado al Fondo, tendrá plena autonomía técnica, administrativa y directiva para la ejecución del objeto del contrato, en consecuencia, utilizará sus propios medios y contratará al personal, que para estos mismos efectos requiera, razón por la cual no habrá vínculo laboral alguno entre el personal del contratista y el Fondo."

Finalmente vale la pena resaltar frente a las pretensiones del contratista y como se ha venido mencionando, el contrato suscrito corresponde a la modalidad de PRECIOS UNITARIOS FIJOS; sin embargo de manera subsidiaria el contratista tiene la opción de cubrir estos costos a través del A.U. - administración, imprevistos y utilidades, específicamente con el rubro definido para los imprevistos en el contrato 168 de 2015, el cual corresponde a un porcentaje del 5% del valor total del contrato y cuyo valor asciende a \$50.356.729. Valor de imprevistos que ha podido haber sido entre el 0,5 y el 1%, pero se consideró desde la estimación un valor que permita cubrir cualquier "imprevisto" con relación a la ejecución de las obras.

6. "DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL COSTO NO CONTEMPLADO POR LA RENOVACIÓN DE PÓLIZAS OTROSÍ No. 1, 2 Y 3 EN EL PLAZO DE OCHO (8) MESES Y DIECINUEVE (19) DÍAS QUE SE ADICIONÓ AL CONTRATO DE OBRA No.168 DE 2015".

"Como parte del reconocimiento del Equilibrio Económico del Contrato de obra.... Deberá tenerse en cuenta el valor de las Garantías que debieron ser ampliadas a causa de la suscripción de tres (3) prórrogas....".

"Por tanto, el valor total de las pólizas en mención asciende a la suma de ... \$13.555.910...".

Al respecto, este reconocimiento No procede, toda vez que el pago por este concepto debe ser cubierto por el contratista, esto de acuerdo con la Cláusula Quinta Numeral I. obligaciones generales del contratista - subnumeral 17 del contrato del obra donde se establece "Constituir y mantener vigentes las garantías que amparan el contrato por el tiempo pactado en el mismo, incluyendo las ampliaciones o modificaciones que se presenten durante la ejecución..."





553

7. "DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL PARA QUE SE LLEVE A CABO LA SUSCRIPCIÓN DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA No.168 DE 2015 Y SE PROCEDA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA RETENCIÓN EN GARANTÍA DEL 5% DEL CONTRATO".

"En efecto, deberá tenerse en cuenta que la liquidación bilateral es un negocio jurídico en el cual las partes de común acuerdo definen las prestaciones, derechos y obligaciones que aún subsisten a su favor o a su cargo, ..., la empresa AGUASANITARIAS S.A.S considera que el Fondo Adaptación debe actuar conforme a la CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA del contrato de obra No.168 de 2015 denominada "SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS"...

Lo anterior, en razón a que todas estas demoras sumadas a la nueva condicionante interpuesta por la interventoría para dar trámite a la firma del documento, han generado daños y perjuicios a la empresa AGUASANITARIAS S.A.S, todo en razón a que han impedido el trámite de la retegarantía a que tiene derecho en calidad de contratista de obra, la cual asciende a la suma de\$66.269.456,..."

Al respecto, según la respuesta enviada a la firma AGUASANITARIAS S.A.S mediante radicado No. E-2018-014576 del 4 de mayo de 2018, el Fondo aclara al contratista, que según lo dispuesto en la circular No. 008 del 29 de julio de 2015 de la Secretaría general del Fondo, numeral 9 devolución de retegarantía, que la devolución de la retegarantía en mención se realizará por liquidación definitiva del contrato, con la presentación de la documentación requerida para tal fin.

Finalmente, es importante informar, que el documento de Acta de Liquidación radicada por el Sector a Secretaría General, mediante memorando I-2018-012384 ante la Secretaría General - Equipo de Trabajo Contractual del Fondo, requirió ajustes por presentar inconsistencia, tanto en letras como en número, en el valor retenido indicado en el párrafo tercero – Constancias de la citada Acta. Así mismo, como resultado de fallas constructivas presentadas en una calle del corregimiento de Payandé del municipio de San Luis, por lo que a la fecha, se adelanta por parte del Fondo, la reclamación de la póliza de calidad y estabilidad de la obra.

Por lo anterior, una vez se suscriba el Acta de Liquidación del contrato de obra No.168 de 2015, el Fondo procederá con el reconocimiento al Contratista, por concepto de retegarantía del contrato por valor de \$66.269.456, acorde con las condiciones contractuales establecidas inicialmente.

Reconocimiento por valor total Daño Emergente solicitado:	\$328.559.810
Reconocimiento por valor Daño Emergente No procedente:	\$262.290.354
Reconocimiento por concepto de retegarantía del contrato de obra – procedente:	\$ 66.269.456

De otra parte y respecto al capítulo denominado por el Demandante como "**LUCRO CESANTE**", se tiene lo siguiente:

8. "DE LAS MORAS EN EL PAGO DE LAS FACTURAS CORRESPONDIENTES A LAS ACTAS DE AVANCE DE OBRA PRESENTADAS POR LA EMPRESA AGUASANITARIAS S.A.S. A LA INTERVENTORÍA CONSORCIO CEI SMA".

"Los hechos y actuaciones evidenciados en la línea de tiempo descritaforman parte integral del objeto de equilibrio económico del contrato de obra No.168 de 2015, por cuanto se solicita el pago de los intereses moratorios por el No pago oportuno"

"Por las anteriores, a continuación se detallan de la indexación, daños y perjuicios por el tiempo en el cual se retuvieron los dineros que equivale a la suma de ...\$8.392.788,00, los cuales no pudieron facturarse en el año 2016 y generaron un desequilibrio económico en el balance financiero del 31 de diciembre de 2016 de la empresa AGUASANITARIAS S.A.S, es decir...\$559.519 que deberá pagar el Fondo por cada día en el que se retuvieron los dineros por concepto del pago de actas parciales del contrato de obra No.168 de 2015...."

En relación con la pretensión del pago por concepto de intereses, se aclara:

- ✚ "Intereses moratorios de las facturas 0862, 0864 y 0865 por valor de \$8.392.788, "...por el pago no oportuno sobre el periodo de tiempo **entre el mes de Noviembre de 2016** fecha de envío de las Facturas N° 0862, 0864 y 0865 y el día **31 de enero de 2017** fecha en la cual se generó la causación"

No procede el reconocimiento de intereses moratorios, toda vez que las Facturas 0862, 0864 y 0865 NO fueron radicadas en el Fondo para trámite de pago, razón por la cual no se generó ningún perjuicio económico por el pago de las mismas a partir de la fecha de radicación.

En cuanto a lo manifestado por el contratista sobre el envío de las facturas 0862 0863 y 0864 en el transcurso del mes

la Interventoría Consorcio CEI SMA, al contratista para su conocimiento y trámite de radicación; sin embargo, por la necesidad de ajustar los lineamientos operativos con el propósito de proceder al cierre fiscal correspondiente a la vigencia 2016 el Fondo emite la circular No. 015 fecha del 1 de diciembre de 2016 dando nueva directriz, y en la cual se establece que a partir del 1 de diciembre de 2016 no se aceptará radicación de facturas de recursos de inversión hasta nueva orden, circular que fue dada a conocer al contratista por la interventoría el 01 de diciembre mediante correo electrónico.

Como se puede advertir los trámites de pago se deben realizar con la oportunidad requerida y en cumplimiento de los requisitos definidos por el Fondo para tal fin.

No obstante lo anterior y con fecha 12 de enero de 2017 se radicaron, para trámite de pago, mediante oficio R-2017-000728 las Actas de recibo de obra 3 y 4 de San Luis de Payandé y Acta 2 de Icononzo que correspondían a las facturas N°0862, 0864 y 0865, con facturas No. 0872, 0873 y 0874, las cuales fueron canceladas el 31 de enero de 2017.

- ✦ En relación con lo indicado por la Empresa AGUASANITARIAS SAS de reconocer un valor de \$8.392.788 como indexación, daños y perjuicios por el tiempo en el cual se retuvieron los dineros, se aclara que esta pretensión de reconocimiento de pago **No procede**, por cuanto las facturas correspondientes, a las Actas No 03 y 04 relacionada con las obras adelantadas en el corregimiento de Payandé - municipio de San Luis y el Acta No 2 relacionada con las obras adelantadas en la vereda Mesón - municipio de Icononzo, NO fueron radicadas en el Fondo para trámite de pago, razón por la cual no se generó ningún perjuicio económico por el pago de las mismas a partir de la fecha de radicación.
- ✦ Los intereses moratorios por retención indebida estimados en \$2.383.530, no son objeto de reconocimiento en su totalidad, toda vez que mediante oficio E-2017-019037 del 2 de octubre de 2017 del área Financiera del Fondo le fue notificado al contratista sobre la aplicación de la retención por concepto de contribución especial de obra pública del 5% del valor del cobrado tomando como base el valor facturado menos el impuesto al valor agregado IVA, y mediante oficio FO - DGNFPC - 1709 - 2017 el Consorcio FADAP 2012, le informó sobre la procedencia de las retenciones en la fuente practicadas a los pagos realizados.

Por lo que solo aplicaría el pago de Intereses moratorios sobre el valor retenido por concepto de las Estampillas pro cultura y pro adulto mayor.

9. "RECONOCIMIENTO DEL INTERÉS LEGAL SOBRE LAS SUMAS POR CONCEPTO DE LOS VALORES RETENIDOS DE MANERA INDEBIDA AL CONTRATISTA AL MOMENTO DE LIQUIDAR CADA FACTURA".

"A. DE LAS RETENCIONES PRACTICADAS EN LOS PAGOS DE LAS ACTAS DE AVANCE DE OBRA FACTURADOS EN EL TRANSCURRIR DEL CONTRATO DE OBRA No.168 DE 2015, por valor de \$13.027.160".

"B. DE LAS RETENCIONES PRACTICADAS A LA EMPRESA AGUASANITARIAS S.A.S. POR CONCEPTO DE CONTRIBUCIÓN ESPECIAL (O IMPUESTO DE GUERRA) EN EL TRANSCURRIR DEL CONTRATO DE OBRA No.168 de 2015", por valor de \$45.582.910,85.

Reconocimiento por valor total Lucro Cesante – No procedente: \$15.049.062

RESPUESTA A PUNTO 9A :

Respecto a las retenciones practicadas en las facturas pagadas al contratista es de señalar que estas corresponden a:

- Contribución especial de obra pública:

De acuerdo con lo señalado en la respuesta al numeral 3° del presente documento no es procedente la reclamación del contratista por cuanto el contrato 2016-C-0165 se encuentra gravado con la contribución especial de obra pública por las consideraciones señaladas mediante comunicación E-2017-019037 a través de la cual se dio respuesta a la solicitud efectuada por el contratista mediante documento con radicado R-2017-024759, y de la cual se anexa fotocopia.

- Estampilla Prouniversidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia:

El artículo 5° de la Ley 1697 de 2013, expresa respecto a esta Estampilla que el Hecho generador de la misma "Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, en cualquier lugar del territorio en donde se ejecute la obra, sus adiciones en dinero y en cualquiera que sea la modalidad de pago del precio del contrato. En tal caso, el hecho generador se extiende a los contratos conexos al de obra,



✓ 55

esto es: diseño, operación, mantenimiento o interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2. (...)" (Subrayado fuera de texto)

El artículo 6° del mismo texto normativo establece que el en referencia al Sujeto pasivo de la Estampilla que "El tributo estará a cargo de la persona natural, jurídica, consorcio o unión temporal que funja como contratista en los negocios jurídicos a que se refiere el artículo anterior". (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, el artículo 8° señala que "El sujeto pasivo definido en el artículo 6° de la presente ley pagará por las suscripciones de los contratos de obra pública y sus conexos, en función de las siguientes bases y tarifas: por los contratos cuyo valor esté entre 1 y 2.000 SMMLV pagarán el 0.5%. Los contratos entre 2.001 y 6.000 SMMLV pagarán el 1% y los contratos mayores a 6.001 SMMLV pagarán el 2%".

A su vez, el artículo 9° de la misma Ley señala que "Es obligación de las entidades contratantes retener de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista, el porcentaje correspondiente a la contribución de estampilla definido según el Artículo 8° de la presente Ley". (Subrayado fuera de texto)

En ese orden de ideas, el contrato objeto de análisis se encuentra gravado con la Estampilla Prouniversidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia de que trata la Ley 1697 de 2013 por lo que su solicitud de reintegro de este tributo no es procedente.

- Estampillas municipales:

Las estampillas aplicadas a los pagos efectuados por el Equipo de Trabajo de Gestión Financiera del Fondo Adaptación fueron realizadas con base en la información suministrada por el contratista en el documento denominado "Anexo de facturación" el cual hace parte de los documentos anexos a las facturas radicadas en la entidad para trámite de pago por parte del contratista.

Producto de una revisión posterior del Fondo Adaptación evidenció que el contratista venía presentando dicho documento sin atender lo señalado en el Estatuto de rentas municipal aplicable al contrato, razón por la cual se hizo devolución de los dineros retenidos teniendo en cuenta que el Fondo Adaptación como entidad del orden nacional no fue catalogada como agente de retención de dichos tributos. Esto conlleva a que el Contratista deba analizar si es o no contribuyente de los tributos en el municipio en donde ejecuto las obras contratadas y en caso de serlo realizar el pago respectivo directamente al municipio. Se reitera que el Fondo Adaptación únicamente practica retenciones de impuestos en los pagos efectuados a los contratistas cuando la entidad es catalogada como agente de retención de impuestos por parte del Estatuto de Rentas o municipal o la administración tributaria respectiva, lo cual no se presenta en el caso del contrato objeto de análisis.

En ese sentido, la solicitud efectuada por el contratista tampoco es procedente.

RESPUESTA A PUNTO 9B:

Teniendo en cuenta la respuesta señalada en el literal anterior respecto a la contribución especial de obra pública y la respuesta al numeral 3° de la presente comunicación se reitera que esta solicitud no es procedente.

Es de resaltar que si el contratista lo considera puede solicitar una reunión con el Equipo de Trabajo de Gestión Financiera del Fondo Adaptación con el fin de dar claridad al contratista respecto a la aplicación de la contribución especial de obra pública y la Estampilla prouniversidades en el caso del contrato suscrito.

"DAÑOS OBJETIVADOS Y HONORARIOS DE ABOGADO"

"...que el Fondo Adaptación tuvo un retraso en el pago dadas las dilaciones que efectuó la interventoría CONSORCIO CEI SMA para efectuar el pago por adeudado de las facturas 0862, 0864 y 0865 por un valor de \$469.338.415 del contrato de obra No.168 de 2015, lo que generó que la empresa AGUASANITARIAS S.A.S. haya realizado la ejecución de los trabajos con recursos propios".

Al respecto, No proceden en cuanto a que las pretensiones del contratista han sido desvirtuadas por la Interventoría y el área Financiera del Fondo.

Reconocimiento por valor daño objetivados – No procedente:	\$32.855.981
Reconocimiento por valor Honorarios de abogado – No procedente:	\$65.711.962

Valor total cuantía solicitada por reconocimiento del Fondo al Contratista:	\$442.176.815
---	---------------

1. CON RELACIÓN A LOS HECHOS

Como se señaló con antelación, en este punto es pertinente aclarar que de acuerdo a que dentro del escrito presentado no se tiene claridad de cuáles son los hechos jurídicos relevantes en que se da soporte a la demanda, lo cual, de suyo, supone una infracción al requisito previsto en el numeral 3 del artículo 162 del CPACA que, además, dificulta el ejercicio del derecho de defensa. Es así que para poder dar contestación a la demanda, nos pronunciaremos frente a la narración fáctica, por demás deshilvanada y anti técnica que se realiza en la demanda, echando mano de la línea de tiempo de los hechos narrados **conforme a lo manifestado por el demandante**, así:

I.- ANTECEDENTES EN LÍNEA DE TIEMPO A LOS HECHOS QUE LA EMPRESA AGUAS SANITARIAS SAS PRESENTA COMO PRUEBA FRENTE A FALLA ECONOMICA Y TECNICA

FECHA	BASE DE INICIO EN EL TIEMPO	RESPUESTA
26/01/2016	Se firma el Acta de inicio el contrato No 168 de 2015 suscrita entre la empresa AGUASANITARIAS S.A.S. y la interventoría Consorcio CEI-SMA.	Es cierto. Dicha acta fue firmada el día 26 de enero de 2016 y el plazo de ejecución quedó estipulado en 6 meses los cuales comprenden las etapas de pre construcción 1 mes y construcción 5 meses.
14/03/2016	Se hizo entrega de los documentos para la aprobación de la fiducia ante la interventoría mediante oficio ODCTO-0-168-022- 16, este oficio fue respondido el 04 de abril de 2016.	Parcialmente cierto.- La interventoría realizó contestación de los oficios ODCTO-O-168-011-16, ODCTO-0-168-022-16, ODCTO-O-168-026-16 y ODCTO-0-168-028-16, mediante los cuales entregaron la minuta de contrato fiduciario, plan de inversión del anticipo y entrega de certificaciones, el mismo sin cumplir con las condiciones contempladas en el contrato.
23/03/2016	Se remitió la póliza todo riesgo No 55-18-101000028 para aprobación de la interventoría consorcio CEI-SMA, cuya respuesta tuvo lugar el 26 de abril de 2016.	El contratista solo hasta el 05 de abril de 2016 entregó todos los documentos para la constitución de la fiducia para el manejo del anticipo con la calidad de los documentos que este trámite requería. Adicionalmente la interventoría el 20 de abril de 2016 envió correo electrónico solicitando el proceso o la gestión adelantada para el trámite del manejo del anticipo, en cuanto a registro de firmas y aprobación de órdenes de operación, AGUASANITARIAS no dio respuesta, solo hasta el 25 de abril y por actuación de la Interventoría la fiduciaria envió la tarjeta de firmas No. 19292 para el trámite respectivo.
21/04/2016	Mediante oficio ODCTO-0-168-040-16 se envió a la interventoría Consorcio CEI-SMA los APUS (análisis de precios unitarios) para revisión y aprobación, posteriormente mediante oficio ODCTO- 0-168-050-16 del 03 de mayo de 2016 se volvieron a remitir los APUS conciliados con el residente de interventoría. Y solamente se conciliaron hasta cuando se suscribió el Oficio No 01 el 25 de Agosto de 2016.	Es parcialmente cierto. Mediante oficio No. IHT-FA083-00147-16 del 23 de Mayo de 2016, el consorcio CEI-SMA, informó que los APUS nuevos fueron objeto de observaciones por parte de la interventoría. Para el procedimiento de aprobación de los APUS se requirió de la concertación de los precios unitarios de los ítems nuevos mediante un comité de obra el cual fue realizado el día 8 de junio de 2016 en el corregimiento de Payandé. Por consiguiente, mediante oficio No. IHT-FA083-0197-16 del 06 de julio de 2016, el Consorcio CEI_SMA, remite al Fondo Adaptación (Radicado No. R-2016-017979 de) Concepto de solicitud de Oficio No. 1 al contrato de obra No. 168 de 2015 sobre la pertinencia de prorrogar dicho contrato y la aprobación de ítems no previstos.



6 556
1

		Se suscribe otrosí No. 1 de prórroga y aprobación de ítems no previstos el 25 de agosto de 2016.
26/07/2016	Se suspendió el Contrato de Obra Na168 de 2015, por falta de pago de parte del contratante Fondo de Adaptación y se legalizó como modificación a la garantía única y el seguro de responsabilidad civil extracontractual, hasta el 25 de Agosto de 2016	No es cierto. Se suscribió acta de suspensión N° 1 en razón a que, se presentó inclusión de APUS nuevos, es decir ítem no previstos y mayores cantidades de obra, la cual tuvo un término de 30 días desde el 26 de Julio del 2016 al 25 de Agosto del 2016 tal como se puede evidenciar en el anexo de Acta de suspensión, acordada de común acuerdo por las partes. Por lo tanto la afirmación del contratista de la suspensión por falta de pago no es cierta.
19/08/2016	Se remitió documentos para trámite de Pago Acta de Avance de Obra N°1 en el corregimiento de Payandé Factura No. 0859 y Acta de Avance de Obra No1 en el municipio de Icononzo Factura No. 0860 mediante el oficio ODCO-0-168-076-16 a la interventoría Consorcio CEI-SMA.	No es cierto. El contratista solo hasta el 29 de agosto de 2016, remite por correo certificado las facturas 0859 y 0860 debidamente firmadas, tal como se evidencia en la guía de mensajería Servientrega con número 947333090, posteriormente la interventoría realiza radicación de la cuenta ante el fondo adaptación el 31 de agosto de 2016 mediante radicado R-2016-023653.
25/08/2016	Se reinició el Contrato de Obra N°168 de 2015 con el compromiso mediante Acta que el Fondo de Adaptación frente a las solicitudes del contratista AGUASANITARIAS S.A.S mantendrá el flujo de caja mensual conforme a las obligaciones contractuales adquiridas por la interventoría consorcio CEI - SMA, hecho este que no se cumplió llevándonos a una interrupción de las actividades en obra por las mismas razones (falta de pago).	No es cierto. Al suscribir el Acta de suspensión por el término de 30 días se evidencia que el fin de este acontecimiento es con el ánimo de promover la ejecución del contrato, en pro de el bien de la comunidad beneficiada, toda vez que se vio la necesidad de rehabilitación de 214 cajillas de inspección y remoción de material rocoso que se evidencio luego del proceso de excavación. Así las cosas, se concluye que el tiempo extracontractual causado no fue por falta de pago, por lo contrario fue con el propósito de incluir nuevas actividades para el buen proceso de ejecución de las obras y de común acuerdo. Por lo tanto la afirmación del contratista de la suspensión por falta de pago no es cierta.
	ANTECEDENTES EN LOS QUE SE APOYA LA EMPRESA AGUASANITARIAS S.A.S. CONTRATISTA PARA EL RETIRO DEL PERSONAL DE OBRA Y DE LAS ACTIVIDADES EN OBRA A PARTIR DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2016	
28/09/2016	Fueron pagadas mediante Orden de Pago No. 3587 la Factura No. 0859 del Acta de Avance de Obra No.1 en el corregimiento de Payandé y la Factura No. 0860 del Acta de Avance de Obra No1 en el municipio de Icononzo conforme al Comprobante Causación con Número de Orden de Pago 4029. (Factura a la que el Fondo Adaptación realizó cobros tributarios indebidos por la cuantía de \$ 2.920.325)	No es cierto. En oficio N° E-2016-009987 del 22 de diciembre del 2016, el FONDO ADAPTACION, dio respuesta a las observaciones de la factura N° 0861 del 29 de Octubre del 2016, en la cual le está manifestando que el cobro de estampillas y/o contribuciones municipales son aplicados de acuerdo al anexo de facturación presentada por el contratista y el oficio N° ODCO-028-16 firmado por la contadora Marleny Vargas que según documento hace parte de la nómina de AGUASANITARIAS S.A.S. en donde manifiestan cuales son los impuestos que se deben aplicar a la factura para los dos municipios donde ejecutan las obras y de igual forma en el anexo de facturación están aplicando dichos porcentajes.
24/10/2016	Se remite a la empresa Fondo Adaptación oficio ODCO-061-16 realizando consulta y reclamación de descuentos de contribución especial y estampilla pro universidad sobre el pago de las Facturas No.	Por consiguiente el Fondo procedió a practicar dichos descuentos, a las facturas 0859, 0860 y 0861 siguiendo con los parámetros indicados en la certificación de la contadora de Aguasantarias.

31/10/2016	Wilmer Ibagón el borrador de los documentos para trámite de pago Acta de Avance de Obra N°2 corregimiento de Payandé (Factura 0861, Anexo de Facturación, certificado de cuenta bancaria y Acta de Avance de Obra N°2). Además en otro correo electrónico complementario se envió certificación de aportes a Parafiscales y demás obligaciones del contratista. El ingeniero Wilmer Ibagón respondió por correo electrónico haciendo observaciones puntuales a los borradores Factura, Anexo de Facturación y certificación bancaria. Además de observaciones a la certificación de aportes a Parafiscales. Se envió por correo electrónico al Ingeniero Wilmer Ibagón los documentos corregidos según sus indicaciones en borrador para trámite de pago Acta de Avance de Obra N°2 corregimiento de Payandé (Factura 0861, Anexo de Facturación, certificado de cuenta bancaria y certificación Aportes a Parafiscales), <i>sin que haya habido respuesta alguna</i>	mecanismos que el contratista entregase la documentación solicitada con la calidad esperada, utilizando llamadas telefónicas, correos electrónicos y oficios, como se puede evidenciar en los correos del 14 de julio de 2016, el borrador para que realizasen de forma correcta el diligenciamiento de las facturas, el 22 de junio de 2016 se remitió información con los manuales y documentos mínimos para el trámite de la primera cuenta. Adicionalmente el contratista mediante correo electrónico del 29 de octubre remite información magnética por lo cual la interventoría atiende el mismo día las observaciones preliminares, donde se encontraron que el contratista realizó un mal diligenciamiento de la factura de venta, errores en el anexo de facturación y certificación bancaria fuera de vigencia, por ende la interventoría al no contar con todos los documentos soporte de la cuenta para el proceso de pago no se procedió a radicarlas ante el Fondo ya que la misma no cumplía con los requisitos.
02/11/2016	Se remitió paquete documental original por mensajería certificada (Servientrega) al Ingeniero Néstor Yair Ávila correspondiente a la factura No. 0861 para trámite de pago Acta de Avance de Obra N°2 corregimiento de Payandé mediante el oficio ODCTO-0-168-097-16 y copia por correo electrónico al Ingeniero Wilmer Ibagón e Ingeniero Néstor Yair Ávila adjuntando soporte de envío y copia digital de la documentación y sólo hasta el día 30 de Noviembre de 2016, se realizó el pago correspondiente. (Factura a la que el Fondo Adaptación realizó cobros tributarios indebidos por concepto de Estampilla pro adulto mayor y estampilla pro cultura por la cuantía de \$ 10.106.835)	No son hechos. El contratista relata los trámites necesarios para la radicación de facturas, remite documentación el 02 de noviembre de 2016, nuevamente sin la calidad esperada, por lo cual el contratista solo hasta el 11 de noviembre de 2016 envía anexo de facturación acorde con los lineamientos establecidos. Con lo anterior la interventoría realiza la radicación de los documentos factura 0861 mediante radicado R-2016-030176. En cuanto al descuento tributario manifestado como el mismo demandante manifiesta, este fue reintegrado por la Fiduciaria.
12/11/2016	Se remitió paquete documental original por mensajería certificada (Servientrega) al Ingeniero Néstor Yair Ávila correspondiente a la Factura No. 0862 pago Acta de Avance de Obra N°3 corregimientos de Payandé mediante el oficio ODCTO-0-168-100-16. Factura que nunca fue radicada por la interventoría/a consorcio CEI-SMA ante el Fondo Adaptación a consecuencia de las dilaciones y entorpecimiento del procedimiento de la Interventoría.	No es cierto. De acuerdo con las inconsistencias presentadas en los anexos de facturación del trámite anterior solo hasta el 22 de noviembre de 2016 el contratista mediante oficio ODCC-071-16 entrego la aclaración de los impuestos reales. Debido a la entrega reiterada de documentos con información errónea, se puede evidenciar el incumplimiento a la obligación N° 23 contenida dentro de la cláusula quinta. Obligaciones de las partes i. Obligaciones generales del contratista y de acuerdo con la cláusula "Adelantar de manera oportuna y en condiciones de calidad esperadas, los trámites necesarios para el cobro del anticipo y la facturación de cobro de las actas de obra con sus documentos de soportes necesarios para el pago, de manera que no se vea afectada la normal ejecución de las obras."
21/11/2016	Se envió correo electrónico al Ingeniero Wilmer Ibagón solicitando información acerca del estado del trámite y número de radicado correspondiente al pago Acta de Avance de Obra N°3 corregimiento de Payandé, <i>sin que haya habido respuesta alguna</i>. Se envió correo electrónico al Ingeniero	Es parcialmente cierto. Tal como se informó al contratista por intermedio del Interventor, el 01 de diciembre mediante correo electrónico, el Fondo mediante circular N° 012 y 015 de 2016 por cierre de vigencia de 2016, estableció el plazo de radicación de facturas hasta el 01 de diciembre del 2016. Por lo tanto y con relación a la factura N°





556

	Wilmer Ibagón el Ingeniero Néstor Yair Ávila remitiendo el Anexo de Factura N°0861 y Anexo de Factura N°0862 mediante oficio ODCO-0- 168-104-16 según modificaciones solicitadas vía telefónica, sin que haya habido respuesta alguna. Se recibió un correo electrónico del Ingeniero Cesar Augusto Escobar Residente de interventoría donde remitia archivos definitivos correspondientes al Acta Parcial N°2 de ejecución de Obra y Acta Modificatoria N°2 del Proyecto de Icononzo, las cuales afirmaba ya se encontraban aprobados por el Ingeniero Wilmer Ibagón y remitía para trámite pertinente.	0862, esta fue radicada en físico y original el 30 de Noviembre del 2016 para el trámite de revisión, elaboración de informe y autorización de pago por parte de la Interventoría, por lo cual informa la interventoría, ésta no contó con el tiempo suficiente para la elaboración del informe de supervisión y certificado de cumplimiento para la aprobación del pago.
22/11/2016	De acuerdo a conversación vía telefónica sostenida con el Ingeniero Wilmer Ibagón en respuesta a sus observaciones se remitió por correo electrónico oficio ODCO-071-16 aclarando concepto sobre impuesto de estampillas. <i>La empresa Fondo Adaptación responde mediante oficio E-2016- 008936 responde al oficio ODCO-061-16 del 24/11/2016 indicando que ya se ordenó a la Fiduciaria de Occidente la reintegración por valor de \$ 2.290.325,34.</i>	Es cierto. Tal como lo manifiesta la parte demandante, se informó por parte del Fondo la orden efectuada a la Fiduciaria del Occidente reintegrar los dineros descontados por contribución especial y estampilla pro universidad, que tal como se manifestó fue el Contratista quien indujo al Fondo Adaptación a efectuar dicho descuento, los que fueron reintegrados por parte de la Fiduciaria..
23/11/2016	Se envió correo electrónico al Ingeniero Wilmer Ibagón solicitando información acerca del estado del trámite y número de radicado correspondiente al pago Acta de Avance de Obra N°3 corregimiento de Payandé. Además de confirmación acerca de la aprobación Anexo de Factura N°0861 y Anexo de Factura N° 0862. El Ingeniero Wilmer Ibagón respondió presentando observaciones al Anexo de Facturación y solicitud de reporte del cronograma con los avances ejecutados de obra para poder continuar con el proceso de radicación de la Factura N°0862 del Acta No. 03 de Payandé. <i>Dejando en evidencia la dilación y las trabas que imponía la interventoría para la radicación de las facturas No. 0862, 0864 y 0865, las cual debieron ser anuladas porque la interventoría no las radicó y la empresa AGUASANITARIAS S.A.S en el año 2017 debió volver a realizar el trámite mediante facturas No 0872, 0873 y 0874 ocasionándose el hecho del principio.</i>	Es parcialmente cierto. Es preciso reiterar que al contratista se informó por intermedio del Interventor, sobre la circular N° 012 y 015 de 2016 emitidas por cierre de vigencia de 2016, la cual estableció el plazo de radicación de facturas hasta el 01 de diciembre del 2016. Por lo tanto y con relación a la radicación de las facturas mencionados manifiesta el Interventor estas fueron entregadas el 30 de Noviembre del 2016 para el trámite de revisión, elaboración de informe y autorización de pago por parte de la Interventoría, por lo cual informa la interventoría, ésta no contó con el tiempo suficiente para la elaboración del informe de supervisión y certificado de cumplimiento para la aprobación del pago. No es cierto, en cuanto a lo manifestado por el demandante que se presentaron trabas para la radicación. De acuerdo a lo manifestado por la Interventoría el contratista tenía conocimiento de las circulares emitidas por el Fondo por cierre de vigencia 2016.
24/11/2016	Se envió por correo electrónico al ingeniero Cesar Augusto Escobar el Acta Modificatoria N°2 municipio de Icononzo, firmada por el representante legal AGUASANITARIAS S.A.S. para evidenciar que la empresa continuaba con la ejecución de las obras prestando su mejor voluntad frente a los trámites administrativos que la interventoría consorcio CEI-SMA torpedeaba con el firme propósito de justificar su falta de eficacia dado que nos encontrábamos a punto de realizar el cierre de año frente a la fecha 01 de Diciembre de 2016, para la radicación en la ventanilla central de pago del Fondo Adaptación. De igual forma, se envió correo electrónico al Ingeniero de apoyo Wilmer Ibagón e Ingeniero Néstor Yair Ávila coordinador de interventoría con el Anexo de Factura N°0861 y N°0862	No es cierto lo manifestado por el demandante en cuanto a que la empresa continuaba con la ejecución de las obras. Por lo anterior es necesario manifestar que en el mes de diciembre de 2016, por voluntad unilateral del contratista y con el argumento que no han dado pago a las facturas 0862, 0854, 0865, procedió a retirar parte del personal que labora en las obras por el término de aproximadamente dos meses. En cuanto al trámite efectuado a la radicación de facturas, estas no fueron radicadas dentro del término en el Fondo para su correspondiente trámite de pago con corte financiero del año 2016.

	corregimiento de Payandé y aclaración a los impuestos a aplicar sobre el contrato de obra 168 de 2015, a la supervisora del contrato Ing. Rosalba Romero y al Ingeniero Camilo Prado, Ingeniero Néstor Yair Ávila e Ingeniero Wilmer Ibagón, sin que haya habido respuesta alguna, la interventoría nunca remitió al contratista de las obras el número de radicación solicitado porque nunca lo radicó. Se remitió el Acta Parcial N° 2 de ejecución de obra y Acta modificatoria N°2 vereda mesón del municipio de Icononzo Tolima por mensajería certificada (Servientrega) al Ingeniero Cesar Augusto Escobar, firmada por el representante legal AGUASANITARIAS S.A.S mediante oficio ODCTO-0-168-107-16, para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa AGUASANITARIAS S.A.S en calidad de contratista.	circular No. 010 de 2016 por lo que encontrándose fuera de termino en cumplimiento a la circular 015 de 2016, no se aceptó radicación de facturas.
25/11/2016	Se envió por correo electrónico al Ingeniero Wilmer Ibagón e Ingeniero Néstor Yair Ávila el borrador de los documentos para trámite de pago Acta de Parcial de ejecución de Obra N°2 municipio de Icononzo (Factura 0864, Anexo de Facturación y copia de Acta Parcial N°2 de ejecución de Obra).	Por lo que mediante oficio IHT-FA083-0399-16 del 22 de diciembre la Interventoría realizó la devolución formal de las facturas 0862, 0864 y 0865 en cumplimiento de las obligaciones de acatar los lineamiento y directrices dadas por el ordenador del gasto en la Circular referida, situación que imposibilitaba que dichas facturas al ser presentadas tardamente por el contratista y la circular en mención, fueran radicadas ante el Fondo Adaptación.
28/11/2016	Se recibió respuesta de parte del Ingeniero Néstor Yair Ávila realizando Observaciones a la Factura N°0864 y Anexo de Factura correspondientes al Acta Parcial de ejecución de Obra N°2 municipio de Icononzo. <i>Demostrándose las dilaciones de la interventor/a consorcio CEI- SMA modificando constantemente el modelo establecido para los anexos de facturación, generando demoras en la presentación de los documentos.</i> Se remitió por correo electrónico al Ingeniero Néstor Yair Ávila e Ingeniero Wilmer Ibagón borrador corregido de Factura N°0864 y Anexo de Factura correspondientes al Acta Parcial de ejecución de Obra N°2 municipio de Icononzo	Sin embargo el día 12 de enero de 2017 fueron radicadas dichas facturas en el Fondo Adaptación procediendo a su pago el día 31 de enero de 2017, razón por la cual se evidencia que no se generó ningún perjuicio económico al contratista.
30/11/2016	Se recibió nuevamente correo electrónico del Ingeniero Néstor Yair Ávila presentando observaciones a la Factura N°0864 y Anexo de Factura correspondiente al Acta Parcial de ejecución de Obra N°2 municipio de Icononzo. Se recibió correo electrónico de parte del Ingeniero Wilmer Ibagón con referencia al Cierre Vigencia 2016 Fondo Adaptación, en el cual señaló que la recepción de facturas/cuentas de cobro de parte de la interventoría sólo se recibirá hasta el día 07 de Diciembre de 2016 sin observaciones. <i>Para probar que este fue el primer correo electrónico donde a la empresa AGUASANITARIAS S.A.S se nos informa el cierre contable del departamento de planeación del Fondo Adaptación, la anterior manifestación se hace para que sea cotejada con los pronunciamientos del 01 y 02 de</i>	No son hechos, son manifestaciones de la parte demandante. Lo manifestado en este punto se refiere igualmente al trámite efectuado a la radicación de facturas, que tal como lo manifestó el Interventor, esta fueron presentadas sin el cumplimiento de requisitos, enviadas mediante correo electrónico al Interventor, además por fuera del termino establecido en la circular No. 010 de 2016 y la circular 015 de 2016. Motivo por el cual fueron devueltas por la Interventoría, para ser radicadas en el Fondo Adaptación el día 12 de enero de 2017, procediendo a su pago el día 31 de enero de 2017, razón por la cual se evidencia que no se generó ningún perjuicio económico al contratista.



8
51

Diciembre de 2016, fechas para evidenciar que n/a misma Interventoría tenía claro cuál era la fecha de cierre real en planeación nacional del Fondo Adaptación que generó la DILACIÓN de las facturas N°0862, 0864 y 0865, dejando como consecuencia que al contratista no se le pagara en el año 2016, solamente hasta el 31 de Enero del año 2017.

Por segunda vez, se recibió correo electrónico del Ingeniero Néstor Yair Ávila presentando observaciones a la Factura N°0864 y Anexo de Factura correspondiente al Acta Parcial de ejecución de Obra N°2 municipio de Icononzo, indicando valores específicos, para probar que al momento de elaborar el Acta Parcial de Obra no fueron tenidos en cuenta los decimales que al momento de facturar generan imprecisión matemática y que la empresa AGUASANITARIAS S.A.S lo considera como una dilación por cuanto se podía corregir en el acta siguiente.

Entonces, la empresa contratista remitió por correo electrónico al Ingeniero Néstor Yair Ávila borrador corregido de Factura N°0864 y Anexo de Facturación correspondiente al Acta Parcial de ejecución de Obra N°2 municipio de Icononzo, mientras tanto corría el tiempo del contrato y el contratista se encontraba a la espera del pago frente a las dilaciones presentadas por la interventoría.

Se recibió correo electrónico del Ingeniero Néstor Yair Ávila manifestando que los documentos Factura N°0864 y Anexo de Facturación correspondiente al Acta Parcial de ejecución de Obra N°2 municipio de Icononzo se encontraban acordes a lo solicitado, por lo que solicitaba radicar en original junto con los demás documentos de acuerdo con el manual de pagos a terceros, y las respectivas circulares del Fondo Adaptación.

Siguiendo la directriz del Ingeniero Néstor Yair Ávila se remitió paquete documental original por mensajería certificada (Servientrega) al Ingeniero Néstor Yair Ávila correspondiente al pago Acta Parcial de ejecución de Obra N°2 municipio de Icononzo mediante el oficio OOCTO-0-168-109-16. Además de Anexo de Factura N°0861 correspondiente al trámite pago Acta de Avance de Obra N°2 y Anexo Factura No 0862 corregimiento de Payandé mediante oficio ODCTO-0-168-1 06-16, sin que haya habido respuesta alguna.

La empresa AGUASANITARIAS S.A.S en ejercicio del cumplimiento de sus deberes administrativos remite por correo electrónico al Ingeniero Néstor Yair Ávila el Acta de Avance de Obra N°4 corregimiento de Payandé, para su revisión y

01/12/2016	El día 01 de Diciembre de 2016 se recibió correo electrónico de parte del Ingeniero Wilmer Ibagón con referencia al Cierre Vigencia 2016 Fondo Adaptación, en el cual señala que dando alcance al correo electrónico recibido el día 28 de Noviembre de 2016, y de acuerdo con lo manifestado por el sector Agua y saneamiento básico del Fondo la interventoría solo tramitará los documentos que se radican hasta el 05 de Diciembre de 2016. <i>De esta forma la empresa AGUASANITARIAS S.A.S en calidad de contratista tiene en cuenta como tiempo de dilación todo el mes de noviembre de 2016.</i> Se envió por correo electrónico al Ingeniero Néstor Yair Ávila el borrador de los documentos para trámite de pago Acta de Avance de Obra N°4 corregimiento de Payandé (Factura 0865, Anexo de Facturación, Acta de Avance de Obra N°4 y copia correo electrónico cierre de vigencia Fondo Adaptación).	No son hechos, son manifestaciones de la parte demandante. Lo manifestado en este punto se refiere igualmente al trámite efectuado a la radicación de facturas, que tal como lo manifestó el Interventor, esta fueron presentadas sin el cumplimiento de requisitos, enviadas mediante correo electrónico al Interventor, además por fuera del termino establecido en la circular No. 010 de 2016 y la circular 015 de 2016. Motivo por el cual fueron devueltas por la Interventoría, para ser radicadas en el Fondo Adaptación el día 12 de enero de 2017, procediendo a su pago el día 31 de enero de 2017, razón por la cual se evidencia que no se generó ningún perjuicio económico al contratista.
02/12/2016	Se recibió nuevamente el Acta de Avance de Obra N°4 corregimiento de Payandé mediante correo electrónico del Ingeniero Huber Danilo Villarreal, autorizando su impresión y envío a la ciudad de Ibagué para firmas y luego a la ciudad de Bogotá. Se recibió correo electrónico del Ingeniero Huber Danilo Villarreal en el que manifiesta que el Acta de Avance de Obra N°4 corregimiento de Payandé, que se había recibido tenía un 74,88% de ejecución de Obra, por lo que se había realizado una corrección dando como resultado el 65,95% coincidente con el PSA, enviando nuevamente el archivo correspondiente al Acta de Avance de Obra N°4 corregimiento de Payandé. Dadas las modificaciones del Acta se envió nuevamente por correo electrónico al Ingeniero Néstor Yair Ávila borrador de los documentos para trámite de pago Acta de Avance de Obra N°4 corregimiento de Payandé (Factura 0865, Anexo de Facturación, Acta de Avance de Obra N°4 y copia correo electrónico cierre de vigencia Fondo Adaptación). Se recibió correo electrónico de parte del Ingeniero Wilmer Ibagón con referencia al Cierre Vigencia 2016 Fondo Adaptación, en el cual envió circular interna N°015 del Fondo Adaptación en la cual informó que NO se aceptaría radicación de facturas de recursos de inversión hasta nueva orden a partir del 01 de Diciembre de 2016. Se recibió respuesta de parte del Ingeniero Néstor Yair Ávila mediante correo electrónico	No son hechos, son manifestaciones de la parte demandante. Lo manifestado en este punto se refiere igualmente al trámite efectuado a la radicación de facturas, que tal como lo manifestó el Interventor, esta fueron presentadas sin el cumplimiento de requisitos, enviadas mediante correo electrónico al Interventor, además por fuera del termino establecido en la circular No. 010 de 2016 y la circular 015 de 2016. Motivo por el cual fueron devueltas por la Interventoría, para ser radicadas en el Fondo Adaptación el día 12 de enero de 2017, procediendo a su pago el día 31 de enero de 2017, razón por la cual se evidencia que no se generó ningún perjuicio económico al contratista.



558

07/12/2016	correspondiente al borrador de los documentos para trámite de pago Acta de Avance de Obra No4 corregimiento de Payandé, en el cual afirmó que la información del Acta y la Facturación se encontraban en orden, solicitó remitir junto a los documentos soportes y que todos ellos doblan estar acordes a la lista de chequeo del Fondo Adaptación, por lo que era responsabilidad del contratista realizar su correcto diligencia miento para evitar futuros inconvenientes. Se remitió al Ingeniero Néstor Yair Ávila mediante correo electrónico oficio ODCT0-0-168-112-16 en el cual se solicitó número de radicado en Fondo Adaptación trámite Pago por concepto Acta Parcial N°2 ejecución de obra del Contrato N°168 de 2015 en el municipio de Icononzo departamento del Tolima y trámite Pago por concepto Acta de Avance de Obra N°3 ejecución de obra del Contrato N°168 de 2015 en el municipio de San Luis corregimiento de Payandé departamento del Tolima, sin que haya habido respuesta alguna. Se remitió paquete documental original por mensajería certificada (Servientrega) al Ingeniero Néstor Yair Ávila correspondiente al pago Acta de Avance de Obra N°4 corregimientos de Payandé mediante el oficio ODCT0-0-168-113-16. Se envió al Ingeniero Huber Danilo Villarreal mediante mensajería de terminal ciudad de Pereira a terminal ciudad de Ibagué el oficio ODCT0-0-168-114-16 el cual relacionaba dos (02) Actas Originales de Avance de Obra N°4 corregimiento de Payandé, todas firmadas por el Representante Legal AGUASANITARIAS S.A.S. Se realiza el envío de oficio ODC0-082-16, al departamento administrativo de la empresa Fondo Adaptación, donde se realizaron aclaraciones a los descuentos aplicados en el pago de la Factura No. 0861 del Acta de Avance de obra No. 02 del corregimiento de Payandé donde el Fondo Adaptación realizó descuentos no debidos y se solicita el reintegro por valor de \$8.085.467 por descuento de estampilla pro adulto y por valor de \$2.021.367 Para un total de \$ 10.106.835.	
11/12/2016	Se retira el personal en obra y se suspenden las labores en el municipio de Icononzo vereda El Mesón.	Es cierto.- Es preciso manifestar que contrario a lo expresado por el demandante en fecha anterior, en este punto, si declara que retiró el personal de la obra, el día 11 de diciembre de 2016, por voluntad unilateral y por el término de aproximadamente (2) dos meses, construcción que se realizaba en el Municipio de Icononzo. Motivo por el cual el consorcio CEI-SMA, mediante oficio No. IHT-FA083-0388-16 del 13 de Diciembre de 2016,

		construcción que se realizaba en el Municipio de de San Luis. Motivo por el cual el consorcio CEI-SMA, mediante oficio No. IHT-FA083-0388-16 del 13 de Diciembre de 2016, informa que no es procedente la suspensión de las obras por contar con razones suficientes para ese proceso.
28/12/2016	Se recibió correo electrónico del Ingeniero Wilmer Ibagón informando que se iniciará la actividad de recepción de facturas en el Fondo Adaptación a partir del día 02 de Enero de 2017.	No son hechos, son trámites efectuados por el demandante con relación a la radicación de facturas para su pago. Lo manifestado en este punto se refiere igualmente al trámite efectuado a la radicación de facturas, que tal como lo manifestó el Interventor, esta fueron presentadas sin el cumplimiento de requisitos, enviadas mediante correo electrónico al Interventor, además por fuera del termino establecido en la circular No. 010 de 2016 y la circular 015 de 2016. Motivo por el cual fueron devueltas por la Interventoría, para ser radicadas en el Fondo Adaptación el día 12 de enero de 2017, procediendo a su pago el día 31 de enero de 2017, razón por la cual se evidencia que no se generó ningún perjuicio económico al contratista.
31/01/2017	Es realizado el pago de las Facturas No. 0862, 0864 y 0865, las cuales fueron anuladas por el cambio de la vigencia fiscal, por lo que se presentaron nuevamente como Facturas No. 0872, 0873 y 0874 enviadas a la interventoría consorcio CEI-SMA el día 05 de Enero de 2017 via mensajería certificada.	No son hechos, son manifestaciones de la parte demandante en relación con el trámite de radicación de facturas para su pago. Lo manifestado en este punto se refiere igualmente al trámite efectuado a la radicación de facturas, las cuales fueron radicadas en el Fondo Adaptación el día 12 de enero de 2017, procediendo a su pago el día 31 de enero de 2017, razón por la cual se evidencia que no se generó ningún perjuicio económico al contratista.
10/02/2017	Se retoman las actividades en obra en el municipio de San Luis corregimiento de Payandé.	Es cierto. El Interventor hizo reiteración de cumplimiento de las obligaciones contractuales mediante oficio No. IHT-FA083-0403-16 del 28 de diciembre de 2016, debido a que no existió acto administrativo de suspensión por parte del Fondo Adaptación autorizando este proceso. Actividades retomadas el día 10 de febrero de 2017 por parte de AGUASANITARIAS SAS en el corregimiento de Payandé.
13/02/2017	El departamento de contabilidad de la empresa AGUASANITARIAS S.A.S remite a la empresa Fondo Adaptación oficio ODC0-010-17 solicitando el reembolso de los impuestos de contribución especial y estampilla pro universidad aplicados a las facturas 0859, 0860 y 0861 por valor de \$ 13.027.160,34, además de una doble retención en la fuente por valor de \$ 9.272.643,44, para un total de \$ 22.299.803,7; el cual no ha tenido respuesta.	Se responde por parte del Equipo de Gestión Financiera del Fondo. En cuanto a los descuentos manifestados por el demandante, estos fueron reembolsados por parte de la Fiduciaria Occidente, así: a) \$2.920.325,34, por concepto de ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD Y SEGURIDAD TERRITORIAL. b) \$8.085.467,72 por concepto de ESTAMPILLA PRO ADULTO MAYOR. c) \$2.021.366,93 por concepto de ESTAMPILLA PROCULTURA Para un total de \$13.027.160,34 se manifiesta que estos descuentos ya fueron reembolsados. Ahora bien en cuanto al valor de \$9.272.643,44 por



		concepto de RETENCIÓN EN LA FUENTE, se aclara que, <u>no es procedente</u> realizar el reembolso por concepto de retención en la fuente, acorde con los conceptos emitidos mediante las comunicaciones R-2017-024758 del 2 de octubre de 2018 emitida por el Asesor II del Equipo de Gestión Financiera del Fondo y FO - DGNFPC - 1709 - 2017, del Consorcio FADAP 2012 – Fiduoccidente. " Finalmente, respecto a su solicitud de reintegro de retención en la fuente del impuesto de renta practicado en exceso, me permito manifestarle que los recursos del presupuesto de inversión del Fondo Adaptación son administrados por patrimonios autónomos en cumplimiento del Decreto 1819 de 2010, por el cual se creó el Fondo. Al ser los recursos administrados en un patrimonio autónomo el responsable de las obligaciones formales e instrumentales en lo que tienen que ver con la liquidación, retención, declaración, pago y certificación de la retención en la fuente a título de renta, razón por la cual, hemos solicitado al Consorcio FADAP 2012, quien realiza los pagos facturados por Aguasaneitarias S.A.S., respuesta a su solicitud." Como respuesta al traslado de la petición relacionada con el literal d, el Consorcio FADAP 2012 – Fiduoccidente, mediante oficio FO - DGNFPC - 1709 – 2017, da respuesta a la firma AGUASANITARIAS S.A.S., indicando la <u>no procedencia de las devoluciones de las retenciones solicitadas</u>.
27/02/2017	Se retoman /as actividades en obra en el municipio de Icononzo vereda El Mesón.	Es cierto. El Interventor hizo reiteración de cumplimiento de las obligaciones contractuales mediante oficio No. IHT-FA083-0403-16 del 28 de diciembre de 2016, debido a que no existió acto administrativo de suspensión por parte del Fondo Adaptación autorizando este proceso. Actividades retomadas el día 27 de febrero de 2017 por parte de AGUASANITARIAS SAS en el municipio de Icononzo.
03/03/2017	Se remite a la interventoría consorcio CEI-SMA oficio ODCTO-0-168-028-17 solicitud de aclaración de dudas con respecto a los diseños para la construcción de las cámaras de quiebre de presión en el municipio de Icononzo vereda el Mesón de acuerdo a los diseños suministrados por la entidad contratante Fondo Adaptación y la interventoría.	Es cierto. En cuanto manifiesta que envió un oficio, sin embargo manifiesta la Interventoría que: "Es importante precisar que la aclaración de dudas con respecto a los diseños de para la construcción de las cámaras de quiebre de presión en el municipio de Icononzo Vereda El Mesón, debió surtirse dentro de la etapa de pre construcción, el cual debe ser utilizado por AGUASANITARAS SAS, para revisar, analizar y verificar los estudios y diseños, los cuales fueron establecidos dentro del contrato de obra 168 de 2015. Por tal motivo Aguasaneitarias SAS, realizó la verificación de la información contenida en los estudios y diseños y emitió documento de aceptación de los estudios y diseños mediante consecutivo No. ODCTO-O-003-16 del 03 de Febrero de 2016. Sin embargo, nos permitimos precisar que la Interventoría ha atendido en forma eficiente y oportuna los requerimientos presentados por Aguasaneitarias SAS, y ha solicitado a los

10/03/2017	Se remite a la interventoría consorcio CEI-SMA oficio ODCTO- 0-168-032-17 petición de envío de los planos definitivos y solicitud de aclaración de dudas con respecto a los diseños para la construcción de las cámaras de quiebre de presión en el municipio de Icononzo vereda el Mesón.	CEI-SMA el día 07 de Marzo de 2017, al diseñador ETSA S.A mediante correo electrónico, para que se realice las aclaraciones correspondientes a los diseños. Nuevamente Aguasaniarias SAS remite solicitud por parte del ingeniero Camilo Lamilla del Departamento de Ingeniería de Aguasaniarias SAS, a la Coordinación técnica de interventoría Ing. Nestor Ávila por correo electrónico del 10 de marzo de 2017, sin embargo es de resaltar que este oficio es la reiteración del ODCTO-O-168-028-17 y que este trámite se estaba surtiendo como se indicó en el anterior ítem.
21/03/2017	El Ingeniero Gabriel Lozano Sandoval Asesor Hidráulico ETSA (Proyecto 6H) remitió oficio donde expresaba las aclaraciones y especificaciones técnicas a las observaciones presentadas a los diseños de las cámaras de quiebre de presión del municipio de Icononzo vereda el Mesón y remite el plano correspondiente.	El 21 de Marzo de 2017, ETSA SA, remite a Aguasaniarias SAS, respuesta a las observaciones presentadas para ser tenidas en cuenta dentro del desarrollo de las obras, quedando aclarado las observaciones de diseño, desconociendo que el 10 de marzo de 2017 ya fue remitida dicha información al diseñador.
25/03/2017	Dadas las múltiples inquietudes y la incertidumbre declaraciones contundentes en relación a los diseños y especificaciones para la construcción de las cámaras de quiebre de presión del municipio de Icononzo, la empresa AGUASANITARIAS S.A.S remite oficio ODCTO-0-168-038-17 solicitando diseños definitivos y suspensión del contrato de obra No. 168 de 2015, hasta tanto no se definieran y entregaran los diseños definitivos requeridos, teniendo en cuenta que la construcción de las cámaras de quiebre de presión se encontraban como obras contractuales al contrato 168-2015.	Para el 25 de Marzo de 2017, ETSA S.A, diseñador del proyecto, remite respuesta a las inquietudes realizadas por parte del contratista de obra (Aguasaniarias SAS) mediante correo electrónico remitido por el ingeniero Gabriel Lozano Asesor Hidráulico. No entendemos porque Aguasaniarias SAS, solicita nuevamente aclaraciones a los diseños y la suspensión del contrato si ya es un hecho superado. Sin embargo es importante precisar que mediante oficio ODCTO-O-168-039-17 del 27 de marzo de 2017, Aguasaniarias SAS, solicita prórroga del contrato de obra no. 168 de 2015, de acuerdo a las siguientes consideraciones: 1. Dificil acceso de materiales debido a la ola invernal. 2. Mal estado de la vía entre el Municipio de Icononzo y la vereda el Mesón; lo cual ha imposibilitado la llevada de materiales como cemento, acero, triturado, etc. 3. Dificultad en la consecución de personal calificado y no calificado. 4. Además de los argumentos expuestos en el oficio ODCTO-O-168-038-17 enviado el sábado 25 de marzo de 2017 Informando que la solicitud de prórroga no acarrea gastos adicionales por mayor permanencia en obra. De acuerdo a lo anterior, el Fondo Adaptación suscribe Otrosí No. 3 al contrato de obra No. 168 de 2015, el 30 de marzo de 2017.
06/04/2017	La empresa AGUASANITARIAS S.A.S remite a la empresa Fondo Adaptación oficio ODC0-0-168-045-17 solicitando por segunda vez a la empresa Fondo Adaptación el reembolso de los impuestos de contribución especial y estampilla pro universidad aplicados a las facturas 0859, 0860 y 0861 por valor de \$13.027.160,34,	Es parcialmente cierto. En cuanto a los descuentos manifestados por el demandante, estos fueron reembolsados por parte de la Fiduciaria Occidente, así: a) \$2.920.325,34, por concepto de ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD Y SEGURIDAD TERRITORIAL. b) \$8.085.467,72 por concepto de ESTAMPILLA



4 560

	además de una doble retención en la fuente por valor de \$9.272.643,44, para un total de \$ 22.299.803,7.	PRO ADULTO MAYOR. c) \$2.021.366,93 por concepto de ESTAMPILLA PROCULTURA Para un total de \$13.027.160,34 se manifiesta que estos descuentos ya fueron reembolsados. Ahora bien en cuanto al valor de \$9.272.643,44 por concepto de RETENCIÓN EN LA FUENTE, se aclara que, <u>no es procedente</u> realizar el reembolso por concepto de retención en la fuente, acorde con los conceptos emitidos mediante las comunicaciones R-2017-024758 del 2 de octubre de 2018 emitida por el Asesor II del Equipo de Gestión Financiera del Fondo y FO - DGNFPC - 1709 - 2017, del Consorcio FADAP 2012 - Fiduoccidente. " Finalmente, respecto a su solicitud de reintegro de retención en la fuente del impuesto de renta practicado en exceso, me permito manifestarle que los recursos del presupuesto de inversión del Fondo Adaptación son administrados por patrimonios autónomos en cumplimiento del Decreto 1819 de 2010, por el cual se creó el Fondo. Al ser los recursos administrados en un patrimonio autónomo el responsable de las obligaciones formales e instrumentales en lo que tienen que ver con la liquidación, retención, declaración, pago y certificación de la retención en la fuente a título de renta, razón por la cual, hemos solicitado al Consorcio FADAP 2012, quien realiza los pagos facturados por Aguasaniarias S.A.S., respuesta a su solicitud." Como respuesta al traslado de la petición relacionada con el literal d, el Consorcio FADAP 2012 - Fiduoccidente, mediante oficio FO - DGNFPC - 1709 - 2017, da respuesta a la firma AGUASANITARIAS S.A.S., indicando la <u>no procedencia de las devoluciones de las retenciones solicitadas.</u>
07/04/2017	Sólo hasta el día siete (07) de Abril de 2017 el Director de interventoría se pronunció mediante oficio IHT-FA083-0083-17 y dio respuesta a las solicitudes realizadas por la empresa AGUASANITARIAS S.A.S reiterando que los diseños y las observaciones enviados por el Ingeniero Gabriel Lozano Sandoval Asesor Hidráulico ETSA (Proyecto 6H) eran los correctos, y equivocadamente culpa a la empresa AGUASANITARIAS S.A.S de las dilaciones e indecisiones evidentes de la interventoría consorcio CEI-SMA.	No es cierto. Desde el 25 de Marzo de 2017, fueron aclaradas las inquietudes al contratista de obra (Aguasaniarias SAS) por parte del diseñador. Sin embargo el consorcio CEI-SMA, mediante oficio IHT-FA083-17 del 7 de abril de 2017, reitera que el cumplimiento por parte de la interventoría dando respuesta a cada una de las observaciones fueron presentadas a Aguasaniarias SAS desde el 25 de marzo de 2017. A su vez la misma empresa Aguasaniarias SAS solicita prorroga al contrato, bajo la misma premisa mediante oficio No. ODCO-O-168-039-17 del 27 de marzo de 2017. Es de anotar que las obras culminaron de forma anticipada, como se evidencia en las actas de terminación del contrato (15 de Abril de 2017 y 02 de Mayo de 2017), en relación a la fecha establecida contractualmente (14 de Mayo de 2017), el cual permite evidenciar las acciones adelantadas por la interventoría, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales

reclamados, toda vez que fue el propio demandante - AGUAS SANITARIAS SAS - quien, mediante acta de suspensión del 26 de julio de 2016, solicitó suspender el contrato por el término de 1 mes; posteriormente mediante otrosí No.1 se prorrogó el plazo inicial en 5 meses y mediante el Otrosí No. 3 solicitó prorrogar el plazo en 45 días más, solicitudes que fueron avaladas por el supervisor del contrato de interventoría y el Asesor Sectorial de Agua y saneamiento básico, en donde las partes acordaron que dichas prorrogas no genera reconocimiento de suma de dinero alguna a favor del contratista, por lo que éste terminó por vencimiento del plazo el día 30 de marzo de 2017, lo que no configura incumplimiento por parte del Fondo.

De lo precisado con antelación se colige que no es dado al demandante exigir el cumplimiento del contrato y adicionalmente el pago que aquí reclama, cuando de los informes técnicos aportados por el sector Agua y Saneamiento Básico del Fondo Adaptación y la interventoría contractual CONSORCIO CEI-SMA, que se aportan como prueba con esta contestación, manifiestan en forma clara, precisa y coincidente que:

"En cuanto a los daños que alega el Contratista, debemos en primera medida resaltar que consideramos que no se causó daño alguno a éste, por cuanto no hubo un desequilibrio contractual.(...) Ahora bien, sobre las pretensiones de daño objetivo es totalmente improcedente dicha solicitud, ya que prevé elementos que son inexistentes en los hechos de la reclamación objeto de estudio (...)"

Es claro entonces, que no existe una relación de causalidad entre la responsabilidad que con este medio de control se pretende atribuir a mi representada y el supuesto daño, toda vez que, como quedó dicho, no existe incumplimiento alguno, por lo que recabo del Señor Juez despachar desfavorablemente las solicitudes declarativas y condenas junto con los pretendidos perjuicios y en general la totalidad de las pretensiones conforme a los argumentos que se pasan a exponer

3.- FRENTE A LAS NORMAS VIOLADAS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

El demandante cita como normas violadas y fundamentos de derecho las siguientes:

De La Constitución Política

Artículos 1, 2, 6, 13, 14, 90, 314, 315, 316, 317, 318.

Artículo 3,4,26,27 de la Ley 80 de 1993, art. 86 del Código Contencioso Administrativo.

Artículo 1495, 1498, 1501, 1546, 1602, 1603, 1608, 1609, 1613, 1614, 1615, 1617 y 1653 del Código Civil

Transcritas las supuestas normas violadas y los fundamentos de derecho de la demanda, ruego al Señor Juez reparar que no se aporta prueba alguna que de soporte a las afirmaciones realizadas y mucho menos se precisa y prueba el supuesto incumplimiento contractual que se pretende imputar al Fondo Adaptación, toda vez que ninguno de los argumentos esbozados por el demandante guardan concordancia con la normatividad aplicable a este caso ni con los elementos probatorios que, según el demandante, dan lugar al incumplimiento alegado en esta demanda.

4.- ARGUMENTOS DE DEFENSA

Sea lo primero advertir que, amén de la confusión en los hechos, la argumentación de la demanda se basa en apreciaciones puramente subjetivas y no en circunstancias fácticas o probatorias ajustadas a la realidad de lo que fue la ejecución del contrato. Por tal razón, a efecto de enervar la argumentación



12

561

esgrimida en la demanda y con el propósito de lograr la máxima claridad en la exposición de los argumentos de la defensa, me permito precisar lo siguiente:

1.1 Frente a la actualización de precios del año 2015 al 2017 del presupuesto inicial, es pertinente señalar que el **inicio de las actividades de ejecución del contrato de obra se pospuso hasta el 26 de enero de 2016**, por cuanto se estaban desarrollando actividades preliminares propias de este tipo de contratos, las cuales condicionaban la firma del acta de inicio, y por ende, el comienzo de las actividades de obra. Así, durante el término transcurrido desde la fecha de firma del contrato y la fecha de firma del acta de inicio se llevaron a cabo las siguientes tareas:

- (i) Aprobación de las pólizas exigidas por el contrato,
- (ii) Aprobación del cronograma,
- (iii) Aprobación de la metodología y de las hojas de vida.

Estas actividades responden al normal desarrollo de los contratos de obra, de forma tal que en ningún caso esto configura una situación inesperada o imprevista para el Contratista, ni tampoco justifica reajuste alguno de los valores cotizados.

Particularmente, queremos llamar la atención en que la entrega de las pólizas de seguro del contrato por parte del Contratista no se surtió en total apego del cronograma allí establecido. Esto en razón a que el Contratista se retrasó en la entrega de la póliza todo riesgo construcción, lo cual a su vez alargó el proceso de aprobación por parte del Fondo. Esta demora en la aprobación de la póliza correspondió a que ésta no fue entregada conforme a la directriz del Fondo, tal y como se demuestra en las actuaciones del ítem segundo de los ANTECEDENTES ECONÓMICOS DEL CONTRATO N° 168-2015. La entrega de la póliza todo riesgo construcción por parte del Contratista se dio en debida forma el 13 de junio del 2016, y fue aprobada por el Fondo de Adaptación el día **14 de junio del 2016** mediante memorando N° E-2016-0044084.

1.2 Adicionalmente, la extensión en el plazo de duración inicialmente acordada en el contrato de obra, que argumenta el Contratista implicó que éste estuviera ejecutando los servicios durante los años 2016 y 2017, aplicando precios unitarios fijados en el año 2015, obedeció a las siguientes situaciones:

- (i) Retrasos en la entrega de la Póliza Todo Riesgo Construcción por parte del Contratista: En relación con este punto, ruego al despacho remitirse al numeral 3.2. del Anexo No. 2. Del informe técnico presentado por el Consorcio CEI-SMA, radicado IHT-FA083-0034-19 del 24-04-2019, página 12, el cual se aporta como prueba con esta contestación.
- (ii) Revisión, evaluación y acuerdo de las partes sobre solicitudes formuladas por el Contratista: En relación con este punto, ruego al despacho remitirse al Anexo No. 3, páginas 13 a 16 del informe técnico presentado por el Consorcio CEI-SMA, radicado IHT-FA083-0034-19 del 24-04-2019, página 12, el cual se aporta como prueba con esta contestación. Documento donde la interventoría determina que hubo dos hechos fundamentales que afectaron el cumplimiento del cronograma de obra, los cuales son imputables al contratista.
- (iii) Aunado a lo anterior es importante resaltar que no le es dado al Contratista alegar que no pudo prever que ejecutaría el objeto contractual con precios del año siguiente al de la suscripción del contrato y su acta de inicio, toda vez que al suscribir un contrato en el último trimestre del año, con un plazo de ejecución de 6 meses, resultaba apenas lógico que la oferta presentada debía ser consecuente con esta realidad. Resulta obvio para un profesional en la ejecución de este tipo de contratos que al momento de presentar la propuesta se debía contemplar necesariamente el incremento normal de precios como consecuencia del cambio de año.

El demandante no fue lo suficientemente claro con los hechos en cuanto a la alegada "demora en el pago de las facturas". Por lo que se considera importante advertir que al finalizar el año 2016, el Fondo Adaptación, específicamente, el 22 de noviembre de 2016, publicó la circular No. 12, en la cual informaba que la fecha límite de recibo de facturas sería el día 14 de diciembre de 2016. Posteriormente, y en razón a "la necesidad de ajustar lineamientos operativos con el propósito de proceder al cierre financiero correspondiente a la vigencia 2016", el Fondo emitió una nueva circular No. 15 de fecha 1 de diciembre de 2016, en la cual indicó que la fecha límite de radicación de facturas sería el 1 de diciembre de 2016.

Así las cosas, el hoy demandante no radicó a tiempo sus facturas bajo los términos otorgados por el Fondo, pero también debe advertirse que las mismas fueron **presentadas mediante correo electrónico a la Interventoría el día 15 de noviembre y devueltas por la Interventoría el 23 de noviembre de 2016**, por errores en el "anexo técnico", el cual incluía una deducciones que la Interventoría identificó como no aplicables, a pesar de que el mismo Contratista las había solicitado. Igualmente, las facturas contenían errores en las operaciones aritméticas. **Dichos errores fueron subsanados hasta el 30 de noviembre de 2016 y 5 de diciembre de 2016**, fecha en las cuales radicó en físico las facturas en la oficina de la Interventoría.

En la entrega de las facturas subsanadas en las fechas antes mencionadas, el Contratista no tuvo en cuenta que para radicar las facturas ante el Fondo, **se requería del informe de la Interventoría que las acompaña**; por lo tanto, para cumplir con este requisito, su término de radicación tampoco era el adecuado. Finalmente, la radicación completa de las facturas del Contratista ante el Fondo ocurrió el día 12 de enero de 2017, es decir, por fuera del plazo señalado por el Fondo como fecha máxima para la radicación de facturas del año 2016.

Sin perjuicio de la inoportuna radicación de las facturas por parte del Contratista, éste solicita una segunda prórroga del contrato argumentando que no cuenta con la liquidez requerida para ejecutar las obras. Desatendiendo las disposiciones contractuales y los conceptos presentados por la Interventoría, rechazando lo anterior como causal de suspensión unilateral, **el Contratista decidió retirar el personal asignado al proyecto, situación que conllevó un nuevo atraso en el cronograma de obra**. La solicitud de suspensión nunca fue aceptada por el Fondo y las obras fueron reiniciadas hasta el día 10 de febrero de 2017.

Ahora bien, dentro del contrato se presentaron 3 otrosí, en los cuales se pactaron suspensiones de obra, estos tiempos de suspensión del contrato fueron aprobados en virtud de las solicitudes presentadas por el propio contratista, manifestando tal como reza dentro del otrosí No. 1, 2 y 3 "(...) *difíciles condiciones climatológicas presentada en la zona que impiden el normal desarrollo del contrato y déficit en la mano de obra*" (...), solicitudes que fueron consideradas viables por la firma Interventora en "(...) *aras de cumplir a cabalidad la ejecución de las obras*" (...), por lo que tal situación no es imputable al contratante; así mismo en la cláusula segunda **"Las partes acuerdan que la presente prórroga no genera el reconocimiento de suma de dinero alguna a favor del CONTRATISTA, ni genera costos por mayor permanencia en de la interventoría (contrato 083 de 2014) "** por lo que no se considera viable que el Contratista hoy demandante solicite "(.. *se reconozca la responsabilidad que se deriva a consecuencia de la negativa ante la solicitud de Equilibrio económico del contrato de obra No. 168 de 2015 por parte del Fondo Adaptación y la interventoría consorcio CEI-SMA. (...) "* ", razones por las que resulta contrario a los postulados de la buena fe contractual, que quiera el aquí demandante, trasladar como responsabilidad del Fondo, un hecho que pudo haber sido previsto por el contratista desde la presentación de su propuesta, además que las suspensiones y retardos fueron causados por parte del hoy demandante y además manifieste que estos le generaron perjuicios económicos.





13 52

Bajo este entendimiento es claro que no existe soporte válido para las reclamaciones realizadas con esta demanda, por cuanto el derecho al restablecimiento del equilibrio económico se funda en circunstancias anormales y excepcionales, que escapan al alea¹ normal del negocio jurídico; es decir, que esté, no se ha instituido para amparar las circunstancias ordinarias que puedan llegar a presentarse durante la ejecución del contrato, como ocurrió en este caso, sino que se busca amparar aquellas contingencias graves, anormales y extraordinarias que exceden cualquier previsión al momento de celebrar el contrato. Respecto del alea en los contratos, el tratadista Luis Dávila Vinueza, en su libro "Régimen jurídico de la contratación estatal", señala:

"Por lo tanto, la ecuación no se erige en una protección a ultranza de todos los riesgos del negocio ni por tanto en una garantía absoluta de las utilidades. Lo será para eventos anormales que escapen a lo habitual del negocio según la especialidad del contratista, las circunstancias internas y externas que rodean la ejecución, la imprevisión de los efectos, etc. Reitérese, entonces que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, aleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas al momento de contratar y por tanto al estar incluida en sus cálculos debe soportar esas circunstancias"². (...) Se explican sobre todo por el reconocimiento expreso acerca de la existencia de aleas normales u ordinarias que afectan la ejecución de los contratos que el contratista tasa un valor determinado, pero no implica per se el derecho al reconocimiento de todo imprevisto que supere la cifra a que corresponde. Incluso se puede decir que no es muy sólida su configuración si se tiene en cuenta que la teoría en estudio pregonaba la asunción natural para el contratista de riesgos ordinarios del negocio. (...) Sin embargo, se reafirma, ello no quiere decir que todo gasto que se presente durante la ejecución del contrato y que exceda la cuantía de los imprevistos sea ser tomada como anormal para obtener por esa vía su reconocimiento. Bien podrán darse erogaciones superiores al valor estimado que no son absorbidos por la teoría de la ecuación contractual en consideración a que tiene por causa el alea normal y ordinaria que por sola presentación de la oferta asume el contratista. serán compensados entonces, los gastos que se enmarquen en lo anormal y excepcional." (Negrilla y Subraya fuera de texto)

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de actualización de precios del año 2015 a 2017 del presupuesto inicial, no se considera procedente esta petición, tal como se mencionó, el demandante no puede alegar que al suscribir un contrato en el último trimestre del año 2016, con un plazo de ejecución de 6 meses, no pudo prever que ejecutaría el objeto con precios del año siguiente, y por ende, su oferta debió ser consecuente con esta realidad.

Aunado a lo anterior dentro de las reglas de participación y los Términos y Condiciones Contractuales – TCC-, mediante el cual se procede a realizar la contratación directa objeto del contrato 168/2015, se contempló en el numeral 11 lo siguiente:

"(...) El contratista está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten a los mismo precios de su oferta económica. En caso de que se presente alguna actividad adicional, se tendrá en cuenta, para establecer el precio unitario de ésta, el valor de los insumos (tarifas de los equipos, materiales básicos y tarifas de personal) cotizado en la lista de precios de insumos o en los análisis de precios unitarios presentados por el CONTRATISTA; (...)"

Por lo tanto, no existe manera de configurarse el desequilibrio económico al contrato, toda vez que el hoy demandante debió prever este tipo de riesgos, más aun en tratándose de un profesional en la ejecución de este tipo de contratos, que al momento de presentar su propuesta no contemple el incremento normal de precios como consecuencia del cambio de año, procedimiento que debió prever este tipo de riesgos, se itera, en razón a la fecha en que se suscribió el contrato respecto al plazo de ejecución previsto para su ejecución.

Sobre el particular se traen a colación las siguientes jurisprudencias:

"RIESGOS CONTRACTUALES... La ejecución de un contrato involucra ciertas contingencias o riesgos que tienen la virtualidad de alterar, potencialmente, el sinalagma funcional que se pacta al inicio de la relación. Son los llamados riesgos contractuales, algunos de ellos previsibles y otros no. Uno de esos riesgos previsibles en una economía inflacionaria como la nuestra es el económico, que se produce como consecuencia de la fluctuación, el crecimiento o incremento continuo y generalizado del valor de los bienes, servicios y factores productivos, a lo largo del tiempo; por esa razón, con el objeto de prefiar las consecuencias futuras, previsibles y evitar que el riesgo impacte de forma grave la economía del contrato, las partes suelen pactar la cláusula de estabilización, reajuste o corrección de precios, con base en un deflactor, para que el contratista reciba una contraprestación real y equivalente a la prestación ejecutada. El artículo 4 (numeral 8) de la Ley 80 de 1993, vigente para la fecha en que fue celebrado el contrato 0717 de 1996, contempla la posibilidad de que las partes pacten cláusulas de ajuste o de corrección de precios, con el fin de mantener durante el desarrollo y la ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer (...) La ruptura del equilibrio económico del contrato se hubiera presentado sí, como consecuencia de un hecho económico inesperado - como una hiperinflación-, se hubieran presentado alzas exageradas en los insumos y en los elementos que formaban parte de los costos del contrato, al punto de no alcanzar a ser cubiertos por los precios unitarios corregidos con la fórmula de reajuste (...) los demandantes no acreditaron que los precios unitarios pactados y corregidos con la fórmula de reajuste prevista en el contrato fueran excesivamente menores que los precios del mercado y, en ese sentido, no tiene asidero alguno la petición de revisión de precios; por el contrario, a juicio de la Sala, los precios del contrato se mantuvieron invariables durante toda la relación contractual, pues el deflactor utilizado reflejó las variaciones de los factores que incidieron en los costos del contrato, es decir, los grupos de la canasta de los elementos más representativos para la construcción de este tipo de obras. (Negrilla fuera del texto)³

Es claro que es procedente la revisión de precios cuando exista un **hecho económico inesperado - como una hiperinflación**. En el caso que nos compete el 3% de incremento del IVA no es impuesto que afecte excesivamente el valor del contrato y que este incremento lo debe estipular y/o aplicar al rubro de IMPREVISTOS, así las cosas, no existe manera de configurarse el desequilibrio económico al contrato, toda vez que el contratista hoy demandante, debió prever este tipo de riesgos al presentar su oferta económica.

Adicionalmente, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, precisamente con ocasión de la modificación de la tarifa del IVA, realizó múltiples pronunciamientos, entre otros, respecto al porcentaje aplicable a los contratos celebrados con entidades públicas o estatales del orden nacional o territorial antes del 1 de enero de 2017, que es el caso del contrato que nos ocupa, esto es el 168 de 2015, puntualizando que conforme al artículo 192 de la Ley 1819 de 2016, lo que mantiene estable y es aplicable a este tipo de contratos es la tarifa del IVA vigente a la fecha del acto de adjudicación, o suscripción del respectivo contrato, salvo lo relacionado con las adiciones.

Al respecto se trae a colación el aparte pertinente del concepto No. 4 07390 del 31 de marzo de 2017 donde el Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN puntualizó:

"CONTRATOS CELEBRADOS CON ENTIDADES PÚBLICAS: Para efectos tributarios en la aplicación del impuesto a las ventas en los contratos celebrados con entidades públicas o estatales del orden nacional o territorial antes del 1 de enero de 2017, se deben tener en cuenta, dos situaciones que

³ SENTENCIA N° 85001-23-31-000-1998-00168-01(17660) DE CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA, DE 28 DE AGOSTO DE 2014
Página 26 de 55



14 563

contienen los artículos 192 y 193 de la Ley 1819 de 2017: 1).- El artículo 192 de la Ley 1819 de 2016, lo que mantiene estable y es aplicable a los contratos celebrados con entidades públicas o estatales, es la tarifa del IVA vigente a la fecha de la resolución o acto de adjudicación, o suscripción del respectivo contrato, salvo en caso de adición de éste relacionada con un mayor valor del contrato, ya sea por efecto de alguna modificación o prórroga, en cuyo caso le será aplicable la tarifa vigente al momento de la celebración de dicha adición."

Bajo este entendimiento es claro que no existe soporte válido para las reclamaciones realizadas con esta demanda, por cuanto el derecho al restablecimiento del equilibrio económico se funda en circunstancias anormales y excepcionales, que escapan al alea⁴ normal del negocio jurídico; es decir, que esté, no se ha instituido para amparar las circunstancias ordinarias que puedan llegar a presentarse durante la ejecución del contrato, como ocurrió en este caso, sino que se busca amparar aquellas contingencias graves, anormales y extraordinarias que exceden cualquier previsión al momento de celebrar el contrato. Respecto del alea en los contratos, el tratadista Luis Dávila Vinuesa, en su libro "Régimen jurídico de la contratación estatal", señala:

"Por lo tanto, la ecuación no se erige en una protección a ultranza de todos los riesgos del negocio ni por tanto en una garantía absoluta de las utilidades. Lo será para eventos anormales que escapen a lo habitual del negocio según la especialidad del contratista, las circunstancias internas y externas que rodean la ejecución, la imprevisión de los efectos, etc. "Reitérese, entonces que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, aleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas al momento de contratar y por tanto al estar incluida en sus cálculos debe soportar esas circunstancias"⁵. (...) Se explican sobre todo por el reconocimiento expreso acerca de la existencia de aleas normales u ordinarias que afectan la ejecución de los contratos que el contratista tasa un valor determinado, pero no implica per se el derecho al reconocimiento de todo imprevisto que supere la cifra a que corresponde. Incluso se puede decir que no es muy sólida su configuración si se tiene en cuenta que la teoría en estudio pregona la asunción natural para el contratista de riesgos ordinarios del negocio. (...) Sin embargo, se reafirma, ello no quiere decir que todo gasto que se presente durante la ejecución del contrato y que exceda la cuantía de los imprevistos sea ser tomada como anormal para obtener por esa vía su reconocimiento. Bien podrán darse erogaciones superiores al valor estimado que no son absorbidos por la teoría de la ecuación contractual en consideración a que tiene por causa el alea normal y ordinaria que por sola presentación de la oferta asume el contratista. serán compensados entonces, los gastos que se enmarquen en lo anormal y excepcional." (Negrita y Subraya fuera de texto)

Además de lo **anormal** del hecho generador de la ruptura financiera del negocio jurídico, debemos adicionar que las nuevas circunstancias sean **sobrevivientes** a la celebración de un contrato, que haga más **onerosa su ejecución**, que sean **imprevisibles** al momento de su celebración, y que no sean por culpa o **causa** atribuible a quien la alega.

Por lo tanto, un hecho normal a la ejecución, y razonablemente previsible no puede generar la ruptura de la ecuación financiera del contrato, ya que, la causa debe ser trascendente y extraordinaria para que se configure la ruptura del equilibrio de la ecuación financiera.

Seguidamente, al remitirnos a los elementos para la configuración de la teoría de la Imprevisión, encontramos que lo primero que debe analizarse es si la mayor permanencia se dio por hechos ajenos a las partes, extraordinarios, imprevistos e imprevisibles, toda vez que el hoy demandante debió prever este tipo de riesgos, más aun entrándose de un profesional en la ejecución de este tipo de contratos. Con lo cual se está frente al supuesto previsto en la jurisprudencia aplicable a la materia, según la cual: "(...) en general en todos aquellos que impliquen responsabilidad del contratista, no puede favorecerse

no procede la aplicación de la teoría, toda vez que se estaría en presencia de un hecho imputable a la negligencia o falta de diligencia de una de las partes contratantes, que, por lo mismo, hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna, tal y como ocurrió en este caso, más aún cuando el contratista, ahora demandante, es experto en la ejecución de este tipo de contratos, tal y como se presentó en el documento con el que presentó su oferta.

En el caso *Sub examine*, el contratista consintió al solicitar y suscribir cada una de las modificaciones contractuales, comprometiéndose a lo estipulado en cada uno de los documentos suscritos, sin protesta alguna. Además, cada una de las novedades encuentra sustento en hechos que son intrínsecos al objeto del contrato. Adicional a lo anterior, el contratista dentro de la ejecución contractual tuvo la oportunidad para manifestar⁷ que había sido afectado en las cargas económicas, al verse roto el equilibrio de la ecuación financiera del contrato por variaciones en las condiciones inicialmente pactadas, y por causas que no le han sido imputables y que no eran riesgo previsible al momento de suscribir el contrato, ni propio de la actividad contractual, lo cual no ocurrió.

En efecto, si con ocasión de la celebración de un contrato, el contratista a su juicio pide el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, éste debe acreditar que dichas circunstancias le generaron un perjuicio grave y anormal y que eran imprevisibles al momento de proponer o de contratar, debe alegarlo en forma oportuna ante la contratante, esto es al momento de suscribir las modificaciones contractuales.

Así, quien alega el menoscabo, debe demostrar que la alteración económica es grave, que se sale de toda previsión y que no está comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato y que deben ser asumidos por la Contratante. Sin embargo, el peticionario no aporta claridad sobre el supuesto perjuicio económico causado, pues su reclamo carece de sustento probatorio, tal y como quedó expuesto, sin que se trate de una simple cuantificación de los perjuicios sino de la prueba misma de su causación.

De otra parte, así como el apoderado de la parte demandante alega a su favor el principio de la BUENA FÉ, nos permitimos recordar cuales son los postulados de dicho principio, ya que, para el FONDO, el actuar del demandante va en contra de éste principio.

La buena fe debe estar presente en todo el proceso contractual, desde las negociaciones que preceden la formación del contrato, incluida su celebración, hasta el periodo post-contractual, pasando por supuesto por la ejecución del mismo, por lo que, como ha sostenido la jurisprudencia, dicho principio está presente in extenso, es decir, que debe estar presente en todas las etapas en comento, razón por la cual, cuando haya de juzgarse si el comportamiento de las partes se ajustó o no a los postulados de la buena fe, ello debe evaluarse de manera integral, revisando las posturas de las mismas en todos y cada uno de los momentos del negocio jurídico.

En este sentido, la buena fe contractual, que es la objetiva, *"consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la*

⁶ Luis Dávila Vinuesa, en su libro "Régimen jurídico de la contratación estatal", tercera edición.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, "Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por violos en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea *"venire contra factum proprium non valet"*, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas. En este orden de ideas, en relación con los sobre costos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato." (Negrilla fuera de texto).



15
524

ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia". (Negrilla y subraya fuera de texto).

En este orden de ideas, vinculamos el principio "*rebus sic stantibus*"⁸, en virtud del cual, surge el deber de restablecer el equilibrio económico, llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5º, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes. La aplicación del "*rebus sic stantibus*", no se limita a las condiciones de sobrevinencia del hecho que hace más onerosa la carga económica del contrato para una de las partes, sino que debe ir atado al principio de buena fe, por ello "(...)no basta que se alteren las condiciones del contrato para que surja la obligación de indemnizar. En términos de Cristina Amunastegui, "es necesario que, conforme a la buena fe, previo a la exigencia de tales perjuicios se impida el cumplimiento de obligaciones a la parte afectada con hechos extraordinarios".

Este principio al que se hace alusión para restablecer el equilibrio financiero del contrato, no solo busca proteger el interés individual de las partes, al mantener las condiciones contractuales pactadas al momento de suscribirse un contrato, sino el interés general y bien común⁹; por lo que se establecen mecanismos para mantener la estabilidad financiera del contrato y permitir así la correcta ejecución del objeto contractual; por ello, **los acontecimientos deben enmarcarse dentro de los presupuestos de la teoría de la imprevisión, ser imputables a la entidad contratante, que genere una onerosidad GRAVE para quien alega el perjuicio económico, y que la parte afectada demuestre que ésta fue la causa determinante para alterar de forma grave y anormal las condiciones financieras del contrato.**

En el caso que nos ocupa, el Contratista asintió contractualmente que la suscripción de las modificaciones no le generarían gastos ni costos adicionales, teniendo claro que las prórrogas y suspensiones se debieron a causas no imputables a ninguna de las partes del negocio.

Sobre el particular el Consejo de Estado dijo: "*En relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato*". (Negrilla fuera de texto citado).

No tiene discusión alguna que la suspensión del contrato implica un acuerdo de voluntades, por diversas circunstancias, trayendo como principal consecuencia la suspensión de las actividades del contratista. No obstante, el contratista tiene a su cargo un grado de compromiso y obligaciones dirigidas al desarrollo del objeto reseñado en el contrato. A lo anterior, se agrega que las partes de mutuo consenso, pactaron que la suspensión del contrato no generaría gastos adicionales al valor del contrato, lo cual propende por el interés público arriba mencionado.

Ahora bien, respecto del reconocimiento económico por suspensión el Consejo de Estado¹⁰ ha dicho:

"(...) debe tenerse en cuenta que la circunstancia de que el contrato haya estado suspendido por sí sola no confiere derecho al contratista para reclamar por una mayor permanencia en la obra o a que se presuman perjuicios por haber estado a disposición de la entidad contratante por un plazo mayor al que se pactó en el contrato. Es necesario que tales perjuicios sean demostrados por la

Además, los argumentos del apoderado del contratista, hoy demandante, carecen de total fundamento, ya que, se dejó claridad en cada una de las actas de suspensión y prórrogas, que las mismas no generarían costos adicionales o modificación del valor del contrato; lo cual fue consentido por las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y del *pacta sum servanda*, al punto que el Contratista expresamente aceptó las condiciones y efectos de las prórrogas y de las suspensiones sin dejar salvedad alguna al respecto.

Ahora bien, tenemos que el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del área normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato.

De igual forma es menester aclarar, que, en el marco de los postulados de la teoría de la imprevisión, **el desequilibrio económico no puede versar sobre la reducción o la pérdida de la utilidad esperada, por cuanto este pertenece a la esfera propia del contratista.**"

Frente a lo anterior el Consejo de Estado ha determinado en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera — Subsección A, del doce (12) de marzo de dos mil catorce (2014), expediente 20.864, con ponencia de Hernán Andrade Rincón, lo siguiente: "... Del contenido conceptual puesto de presente, debe entenderse que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de la licitación o de contratar cuando se hubiere acudido a la modalidad de contratación directa; en ese contexto resulta evidente que dicha equivalencia puede verse afectada ora por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión ora por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad o en ejercicio de los poderes excepcionales de los cuales se encuentra investida en su condición de entidad estatal contratante. Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación así se ha expresado:

Por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del área normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato:

(...) Reitérese entonces, que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, aleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas en el momento de contratar y por tanto al estar incluidas en sus cálculos debe soportar esas circunstancias (Resaltado fuera de texto).

Por lo anterior, es claro que el contratista no puede alegar desequilibrio económico frente a una expectativa de utilidad sobre actividades del contrato que no ejecutó, máxime cuando no se evidencia la afectación extraordinaria que impactó de manera real, grave y significativa la equivalencia en la ejecución de sus obligaciones contractuales." (Negrilla y Subraya fuera de texto original).





26 565

Efectuado el análisis desde la perspectiva de la Teoría de la Imprevisión, dadas las condiciones que llevan a su cumplimiento, el Consejo de Estado, se expresó en los siguientes términos:

*"En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal; supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever (...). Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un alea extraordinario; es siempre un alea normal que debe permanecer a cargo del contratante" (Negrilla y Subraya fuera de texto)*

De esta manera se tiene que el pretendido incumplimiento del contrato 168 de 2015 por parte del Fondo Adaptación nunca existió, razón por la que me opongo a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de esta demanda, así como a cualquier vinculación y/o asignación de responsabilidad a título de incumplimiento contractual a cargo de mi representada con ocasión del presente proceso, para lo cual propongo las siguientes:

5.- EXCEPCIONES

EXCEPCIONES PREVIAS

1. INEPTA DEMANDA

1.1 POR INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS PROCESALES A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE

En virtud del principio dispositivo previsto en el inciso final del artículo 103 del C.P.A.C.A., "(...) En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código(...)" y en tratándose del medio de control de Controversias Contractuales corresponde al demandante citar con claridad las normas violadas y el concepto de violación, argumentando jurídicamente y **con base en hechos concretos y demostrables la relación causa - efecto** que a través de las actuaciones de la Entidad generó la vulneración de la norma con los hechos administrativos demandados.

En este sentido, el Consejo de Estado, en Sentencia del 26 de marzo de 1982, con Ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, indicó:

"... En la demanda contencioso administrativa se exige una mayor técnica porque fuera de que se debe determinar las normas que se estiman violadas por la actividad de la administración, se tiene

ciudad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones. 3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados. 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. 5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder. 6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia. 7. El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica.".

Así mismo la Ley 564 de 2012 Código General del Proceso, establece:

Artículo 82. Requisitos de la demanda. Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos: 1. La designación del juez a quien se dirija. 2. El nombre y domicilio de las partes y, si no pueden comparecer por sí mismas, los de sus representantes legales. Se deberá indicar el número de identificación del demandante y de su representante y el de los demandados si se conoce. Tratándose de personas jurídicas o de patrimonios autónomos será el número de identificación tributaria (NIT). 3. El nombre del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso. 4. **Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad.** 5. **Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.** 6. La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte. 7. El juramento estimatorio, cuando sea necesario. 8. Los fundamentos de derecho. 9. **La cuantía del proceso, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite.** 10. El lugar, la dirección física y electrónica que tengan o estén obligados a llevar, donde las partes, sus representantes y el apoderado del demandante recibirán notificaciones personales. 11. Los demás que exija la ley.

El escrito presentado como demanda contiene solo manifestaciones deshilvanadas que se intitulan de distintas maneras, mediante las cuales no se tiene claridad de los hechos puntuales de la demanda, ni las pretensiones, ni siquiera la estimación razonada de la cuantía.

Si bien es cierto se trata una demanda de controversias contractuales, ha manifestado la jurisprudencia que esta debe adoptar la forma y reunir los requisitos de toda demanda de impugnación de actos administrativos. Por ello, se exige la determinación clara de los hechos mediante los cuales considera vulnerados sus derechos, citación de la norma o normas violadas y el concepto de la violación, es decir la explicación del por qué se considera que dichas disposiciones legales fueron vulneradas o desconocidas y cómo dicha vulneración afecta un derecho jurídicamente protegido del demandante, por cuanto éste es el ámbito dentro del cual se deberá llevar a cabo el análisis jurídico de legalidad por parte del juez.

Así lo manifestó el Consejo de Estado, mediante sentencia CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA-SUBSECCIÓN B -Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth- Bogotá D.C, cinco (5) de abril de dos mil trece (2013)

"10. Al respecto, se observa que el control judicial de la legalidad de los actos administrativos, por regla general, se efectúa a través de la acción de nulidad o de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho –artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1984, modificado por el Decreto 2304 de 1989-, dependiendo del interés perseguido por el demandante: si se busca exclusivamente la defensa y preservación del ordenamiento legal objetivamente considerado frente a la vulneración que al mismo produce un acto administrativo incurso en alguna de las causales de nulidad contempladas en la ley, sin que medie un interés individual en su ejercicio, será procedente la acción de simple nulidad; pero cuando lo que se pretende es el restablecimiento de un derecho particular y concreto que ha sido vulnerado, desconocido o afectado por la expedición de un acto administrativo ilegal, su control judicial procederá efectuarlo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Página 32 de 55



11. No obstante, cuando se trata de un acto administrativo contractual, no es ésta la acción a incoar, sino la acción relativa a controversias contractuales. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo¹¹, que consagra la acción contractual, admite encauzar múltiples pretensiones a través de su ejercicio. Es así como dispone:

Art. 87.- De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuentes; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones (...).

12. Dentro de esas otras declaraciones y condenas que se pueden solicitar en ejercicio de esta acción, **se halla precisamente la impugnación de las decisiones unilaterales que en virtud del contrato toma la administración. Se advierte que la actividad contractual de las entidades del Estado, implica la expedición de actos administrativos, por ser éste el mecanismo jurídico de decisión de las autoridades estatales, en ejercicio de función administrativa. Esa operación contractual adelantada por la administración, no se inicia con la celebración del respectivo negocio jurídico, sino mucho antes, en la etapa previa a su suscripción, la cual comprende el procedimiento de selección de contratistas, en virtud del cual se expiden múltiples actos administrativos, tales como el que ordena la apertura del procedimiento de selección, el que aprueba el pliego de condiciones, el acto de adjudicación, el acto que declara desierta la licitación, etc.**

13. Esta circunstancia, condujo a la distinción entre actos administrativos separables del contrato o precontractuales **y actos administrativos propiamente contractuales¹²**, los primeros controlables a través de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso **y los segundos, que son aquellos que profiere la administración cuando ya existe un contrato debidamente perfeccionado y dentro del ámbito de su ejecución, terminación o liquidación, cuya impugnación procede a través de la acción relativa a controversias contractuales¹³**. Entre tales actos, se encuentran aquellos por medio de los cuales se ejercen las facultades excepcionales, como la declaratoria de caducidad o la modificación, interpretación y terminación unilateral del contrato; los actos sancionatorios de imposición de multas; el acto por medio del cual se efectúa la liquidación unilateral, etc.

14. Por otra parte, se debe tener en cuenta que, si bien se trata de decisiones tomadas en materia contractual, **siguen siendo actos administrativos, por lo cual, a pesar de incoarse la acción relativa a controversias contractuales, la demanda mediante la cual se cuestiona su validez, debe adoptar la forma y reunir los requisitos de toda demanda de impugnación de actos administrativos. Por ello, se exige la citación de la norma o normas violadas y el concepto de la violación, es decir la explicación del por qué se considera que dichas disposiciones legales fueron vulneradas o desconocidas por parte del acto demandado y cómo dicha vulneración afecta un derecho jurídicamente protegido del demandante, por cuanto éste es el ámbito dentro**

¹¹ Decreto-Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, norma vigente para la fecha de presentación de la demanda.

¹² La jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo que eran separables los actos administrativos expedidos en la etapa previa a la celebración del contrato, que no dependían del surgimiento de éste y podían existir sin que el mismo llegara a celebrarse. También dijo que la impugnación de tales actos era igual a la de los demás actos administrativos, a través del proceso ordinario y que los actos contractuales eran aquellos cuya existencia no podía concebirse sin la presencia de un contrato, sobre el cual incidían de una u otra manera. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, autos del 21 de agosto de 1986, expediente 4880- A, C.P. Jorge Valencia Arango y del 1º de octubre de 1986, expediente 4880, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹³ En un principio no se contemplaba la existencia de los actos administrativos contractuales como una entidad aparte de la relación contractual y por lo tanto eran del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, que tenía competencia, a la luz de lo establecido por el numeral 1º del artículo 73 de la Ley 167 de 194, para conocer de todas las controversias originadas en los contratos de la administración, hasta el Decreto 528 de 1964, que le adscribió tal competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, aunque sin decir nada en relación con los actos administrativos relacionados con el contrato; el

reunir los requisitos de todas las de esta naturaleza, es decir aquellas mediante las cuales se cuestiona la validez de un acto administrativo, lo que significa que se debe exponer la norma violada y el concepto de la violación, enmarcados en las causales de nulidad de los actos administrativos establecidas por el ordenamiento legal (art. 84, C.C.A.), recayendo sobre el demandante la carga de establecer de manera concreta cuál es el artículo o los artículos del ordenamiento superior que han sido desconocidos o vulnerados por el acto administrativo acusado y la de explicar en forma clara en qué consiste dicha violación o vulneración.

"La indicación de las normas violadas y el concepto de la violación cuando se trata de acciones de impugnación de actos administrativos, es un presupuesto procesal de la demanda, y por ello el demandante al elaborarla debe observar especial cuidado, ya que de su correcta formulación, dependerá no sólo la decisión favorable a las pretensiones, sino también, la posibilidad de que exista esa decisión sobre las mismas, puesto que además, dicho requisito constituye un presupuesto material de la sentencia de fondo, toda vez que es necesario "que la parte petitoria sea lo suficientemente precisa y clara"¹⁴.

No se cumple pues con este requisito, con la sola enunciación general de la ley supuestamente infringida, sino que se debe especificar, en forma concreta, cuáles artículos son los vulnerados y además, se debe explicar en qué consiste la violación; esta exigencia, obedece al hecho de que, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, a él no le corresponde hacer un control general de legalidad, sino que debe limitarse a los precisos cargos formulados en la demanda: normas violadas y razones de tal violación, que serán el marco dentro del cual debe realizar el análisis de validez del acto administrativo demandado (...)"¹⁵

Ahora bien, tenemos que "La Ley 1437 de 2011 trajo, como una de sus novedades fundamentales, el establecimiento de una única acción contenciosa administrativa con diversas pretensiones dependiendo del medio de control judicial a ejercer. Con esta reforma legislativa se pretendió la unificación de los procesos contenciosos administrativos existentes bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984 (CCA), puesto que esta diversidad conllevaba barreras al acceso a la administración de justicia por parte de los ciudadanos, tal como se hizo constar en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado ante el Congreso de la República.

"El proyecto propone cambiar el actual sistema que parte de la existencia de una pluralidad de acciones, por considerar que el derecho a accionar es uno y único, como una de las manifestaciones del Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia, de manera que su unificación en un solo esquema procesal evita que se haga nugatorio el acceso a la justicia por equivocaciones, por parte de los usuarios, en la selección del medio de control adecuado para acceder a la Jurisdicción. Con este propósito, el Título III de la Parte Segunda integra, además de los medios de control que 1 BETANCUR Jaramillo, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora. Medellín. 2009. Pág. 40. actualmente se definen en el Código como acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, **controversias contractuales** y nulidad electoral, otro tipo de pretensiones como la nulidad por inconstitucionalidad prevista en el artículo 237 numeral 2 de la Constitución Política; el control inmediato de legalidad conforme al artículo 20 de la Ley 137 de 1994; la repetición de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 678 de 2001; la pérdida de investidura prevista en la Ley 144 de 1994; la protección de intereses y derechos colectivos y la reparación del daño causado a un grupo previstas en la Ley 472 de 1998; y el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos prevista en la Ley 393 de 1996. En esencia, aquellas acciones a las que se han dado en calificar como constitucionales porque su nombre fue dado directamente por la Constitución, simplemente se recogen en el capítulo de medios de control, sin modificarlas, bien porque ello implicaría una reforma a la Constitución como ocurre con la pérdida de investidura, donde el término para su trámite y decisión tiene consagración constitucional, ora porque el trámite es común para procesos adelantados por

¹⁴[9] [12] BETANCUR JARAMILLO, Carlos; *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora, 5ª ed., 1999, pg. 132".

¹⁵ [11] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de octubre de 2007, expediente 18645, C.P. Ramiro Saavedra Becerra".



jueces ordinarios y contencioso-administrativos, como sucede con las acciones populares y de grupo¹⁶ (el resaltado es nuestro)

Por consiguiente, como se señaló con antelación, el escrito de demanda no formula lo que pretende expresado con precisión y claridad, los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados, no se aporta prueba alguna que permita inferir o dar soporte a las afirmaciones y argumentos de la parte demandante según las cuales mi poderdante es responsable de reparar el presunto daño ocasionado al demandante, toda vez que ninguno de los argumentos esbozados en la demanda guardan concordancia con la normatividad que señala como violada. De hecho, ni siquiera se explica cuáles son los hechos, ya que no se encuentran debidamente determinados, clasificados y menos aún numerados, que presume causaron la vulneración al derecho conculcado, no se explica en cada caso cual es la razón de la presunta violación, no se encuentra argumentación alguna al respecto pues el texto de la demanda solo se contrae a presentar deshilvanadamente hechos y normas que considera violadas, sin centrar el discurso en las razones de hecho o de derecho y los elementos probatorios que, según el demandante, dan lugar a la violación de las normas invocadas en esta demanda y a las que dan soporte a sus pretensiones.

En efecto, la demanda contiene argumentos inconclusos, incoherentes e interpretaciones y juicios puramente personales que toman en extremo complejo esgrimir argumentos de defensa, amén que, en virtud del Principio Dispositivo, no podría de oficio el Operador administrativo entrar a brindar la protección jurídica solicitada al tratarse de argumentos genéricos que no apuntan de manera clara y concreta a explicar el concepto de violación de las normas invocadas por los denominados hechos demandados y mucho menos a dar soporte a las pretensiones que a través de este medio de control de controversias contractuales reclama, lo cual dado el carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa, hace que no pueda dictarse un fallo de fondo.

Al respecto, merece la pena traer a colación un extracto de la conferencia sobre "Régimen Probatorio, Nulidades e Incidentes en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", doctrina donde el doctor Álvaro Namén Vargas¹⁷ señala:

"El proceso judicial en su faceta probatoria es, en esencia, una actividad de reconstrucción de hechos, cuya demostración permite encuadrarlos o subsumirlos en el supuesto de las normas, para aplicar los efectos jurídicos que en las mismas se consagran y solucionar así una determinada controversia. De ahí que, excepto en los conflictos de puro derecho, la prueba tiene una importancia vital, de manera que, si el proceso es regido por el principio dispositivo, las partes deben llevar al juez los elementos de convicción de los hechos que afirman, para sustentar el derecho pretendido o para oponerse al mismo; o, en cambio, si se trata de un proceso regido por el principio inquisitivo, la iniciativa probatoria no está a cargo de éstas y será entonces el juez quien debe ejercer una amplia investigación de los hechos materia del proceso.

Luego de un amplio debate en relación con estos principios y su incidencia en materia contencioso administrativa, en el inciso final del artículo 103, que regula el objeto y principios de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, expresamente se estableció que:

"Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código."

Es decir, la reforma se inclinó por el principio dispositivo para la impulsión del proceso contencioso administrativo y el debate probatorio, o sea, que la parte que alega el hecho y reclama el derecho o se opone a él está obligada a suministrar la prueba (art. 177 C.P.C), aunque

Por lo anotado solicitó al Señor Juez declare la ineptitud de la demanda, en tanto ni siquiera se explica cuáles son los hechos, ya que no se encuentran **debidamente determinados, clasificados y menos aún numerados**, que presume causaron la vulneración al derecho conculcado argumentos esgrimidos por la parte demandante no exponen de manera clara y concreta como la norma acusada transgrede las normas señaladas cómo infringidas, con lo cual el demandante no cumplió la con la carga procesal que en virtud del citado principio dispositivo le corresponde.

1.2.- POR INDEBIDO AGOTAMIENTO DE VIA GUBERNATIVA

La finalidad del requisito previo de agotamiento de la vía gubernativa consiste en poner en consideración de la autoridad administrativa, o del superior de quien expidió el acto, pues al decidir estos recursos se puede adoptar una nueva decisión favorable al particular evitando acudir a la demanda, lo cual contribuye a la descongestión de los despachos judiciales.

Ahora, si agotado los recursos que procedían contra el acto no hay lugar a revocar el que se pretende demandar, el paso a seguir es la conciliación extrajudicial la cual **constituye requisito de procedibilidad cuando los asuntos sean conciliables y cuando se tengan pretensiones de nulidad con restablecimiento del derecho**, controversias contractuales y reparación directa.

Así lo manifestó la Corte Constitucional en Sentencia T-023/12, al referirse a los requisitos generales de procedibilidad:

"Por regla general, son materia de conciliación aquellos derechos transables que tengan el carácter de "inciertos y discutibles". Empero, la posición de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en cuanto a la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial, es que cada caso concreto debe ser analizado atendiendo la calidad de los derechos reclamados (naturaleza económica y cuantificable) y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio. Puntualmente, mediante sentencia de unificación 11001031500020090132801 del 31 de julio de 2012, la Sala Plena de la referida Corporación, unificó la jurisprudencia contradictoria de algunas de sus salas en relación con la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el sentido de que "estando de por medio derechos de carácter laboral, que algunos tienen la condición de irrenunciables e indiscutibles y otros de inciertos y discutibles, en cada caso en particular debe analizarse el publicitado requisito de procedibilidad, pues el mismo no siempre resulta obligatorio. Inicialmente, de acuerdo con una interpretación sistemática de las normas aplicables y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Sala considera necesario precisar que, para el caso de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, son conciliables los aspectos de contenido económico que suelen contener los actos administrativos. Es decir, aquellos asuntos que envuelven la existencia de un derecho subjetivo en cabeza de las partes actoras, derechos de naturaleza económica y, en consecuencia, susceptibles de transacción, desistimiento y allanamiento. Así como, los asuntos que versen sobre actos administrativos que se refieran a derechos de carácter laboral inciertos y discutibles."

Por lo anteriormente expuesto tenemos que con respecto a la **PRETENSIONES AQUÍ DEMANDADAS**, no surtió el trámite de requisito de procedibilidad tal como lo exige la ley.

Lo anterior se demuestra en la certificación expedida por la Procuraduría 163 Judicial II para Asuntos Administrativos de la ciudad de Ibagué, que la declara fallida ante la ausencia del ánimo conciliatorio entre las partes, el día 25 de octubre de 2017, en donde en se transcriben las pretensiones a conciliar.

CUADRO COMPARATIVO DE LAS PRETENSIONES

PRETENSIONES CONCILIACION	PRETENSIONES DEMANDA
PRIMERA: Declarar la existencia del contrato de Obra N° 168 de 2015 entre la empresa	PRIMERA: Declarar la existencia del contrato de Obra N° 168 de 2015 entre la empresa FONDO

Página 36 de 55



19 501

FONDO ADAPTACIÓN y la empresa AGUASANITARIAS S.A.S., imputado al CDR N° 0001284 del 15 de julio de 2015 expedido por el CONSORCIO FADAP 2012 de acuerdo con el acervo probatorio que se agrega al presente escrito

SEGUNDA: Consecuencialmente que se condene al Fondo Adaptación a pagar el valor de los perjuicios de orden material a título de reparación del daño causado, por concepto de daño emergente y lucro cesante.

TERCERA: Que se lleve a cabo la declaratoria de cumplimiento del contrato y el **reconocimiento y pago del equilibrio económico por parte del Fondo Adaptación** de acuerdo con el acervo probatorio que se anexa al presente escrito. Y se declare que el Fondo Adaptación reconocerá los valores a pagar en el Acta de Liquidación Final, hecho este que constituye una falla administrativa a la fuente de las obligaciones.

CUARTA (Actualización del dinero): Que se declare la actualización del dinero en el tiempo y el reajuste del contrato:

- a) La condena será actualizada conforme lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, para que el dinero no pierda su valor real, conforme a la fórmula $V_p = V_h \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$.
- b) Tomando como base de la fecha de ejecutoria de la sentencia, este dinero de la condena deberá generar un rendimiento equivalente a los intereses corrientes de la Superintendencia Bancaria los primeros seis (06) meses, y del doble a partir de los seis (06) meses de vencimiento.
- c) **Actualización de precios del año 2015 a 2017 del Presupuesto Inicial.**
- d) Ruego al señor Procurador tener en cuenta para la fijación de la cuantía respectiva los criterios esbozados por el Honorable Consejo de Estado en contratos similares (Sentencia del Honorable Consejo de Estado de abril

ADAPTACIÓN y la empresa AGUASANITARIAS S.A.S., imputado al CDR N° 0001284 del 15 de julio de 2015 expedido por el CONSORCIO FADAP 2012 de acuerdo con el acervo probatorio que se agrega al presente escrito

SEGUNDA: Consecuencialmente que se condene al Fondo Adaptación a pagar el valor de los perjuicios de orden material a título de reparación del daño causado, por concepto de daño emergente y lucro cesante.

TERCERA: Que se lleve a cabo la declaratoria de cumplimiento del contrato **por parte del Contratista de la obra y la responsabilidad que se deriva.** De acuerdo con el acervo probatorio que se anexa al presente escrito. Y se declare que el Fondo de Adaptación reconocerá los valores a pagar en el Acta de Liquidación Final, hecho este que constituye una falla administrativa a la fuente de las obligaciones.

CUARTA: Como reclamación directa se solicita la liquidación del contrato de obra por parte del Fondo Adaptación en virtud de la ilegalidad de las decisiones, por daño antijurídico contra el derecho económico del actor, y en consecuencia, se le condene al reconocimiento y pago del equilibrio económico del contrato y a la reparación del daño inferido por las decisiones acusadas, en relación con el lucro cesante y el daño emergente; ordenándose la revisión inmediata de los perjuicios en el tiempo del contrato y los precios para el debido restablecimiento del equilibrio económico por parte del Fondo Adaptación.

del proceso en vía administrativa y jurisdiccional. SEXTA: Que el Fondo Adaptación dé cumplimiento a la sentencia en los términos del código contencioso administrativo (sentencias C-892 de 2001, C-188 de 1999, C-333 de 1996)."	final definitivo que resulta de la estimación razonada de la cuantía y su (Actualización del dinero) Que se declare la actualización del dinero en el tiempo y el reajuste del contrato: a) La condena será actualizada conforme lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, para que el dinero no pierda su valor real, conforme a la formula $Vp=Vh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$. b) Tomando como base de la fecha de ejecutoria de la sentencia, este dinero de la condena deberá generar un rendimiento equivalente a los intereses corrientes de la Superintendencia Bancaria los primeros seis (06) meses, y del doble a partir de los seis (06) meses de vencimiento. c) Actualización de precios del año 2015 a 2017 del Presupuesto Inicial. d) Ruego al señor Magistrado tener en cuenta para la fijación de la cuantía respectiva los criterios esbozados por el Honorable Consejo de Estado en contratos similares (Sentencia del Honorable Consejo de Estado de abril 12 de 1999 exp. 11344 consejero ponente Dr. Daniel Suarez Hernández) haciendo justicia sobre la reparación integral del daño ocasionado por la falla administrativa. SEXTA: Que se condene al pago de las costas agencias en derecho y demás gastos del proceso en vía administrativa y jurisdiccional. SEPTIMA: Que el Fondo Adaptación dé cumplimiento a la sentencia en los términos del código contencioso administrativo (sentencias C-892 de 2001, C-188 de 1999, C-333 de 1996)."
---	--

Como se demuestra en el cuadro comparativo de las Pretensiones de la Solicitud de Conciliación Extrajudicial y las pretensiones de la Demanda, esta difieren especialmente en la Pretensión **CUARTA; Actualización del dinero** (...) y en la pretensión de la demanda presenta:

CUARTA: Como reclamación directa se solicita la liquidación del contrato de obra por parte del Fondo Adaptación en virtud de la ilegalidad de las decisiones, por daño antijurídico contra el derecho económico del actor, y en consecuencia, se le condene al reconocimiento y pago del equilibrio económico del contrato y a la reparación del daño inferido por las decisiones acusadas, en relación con el lucro cesante y el daño emergente; ordenándose la revisión

Página 38 de 55



20
569

inmediata de los perjuicios en el tiempo del contrato y los precios para el debido restablecimiento del equilibrio económico por parte del Fondo Adaptación.

Así mismo en la pretensión **QUINTA DE LA CONCILIACIÓN** solicita: Que se condene al pago de las costas agencias en derecho y demás gastos del proceso en vía administrativa y jurisdiccional.

En la pretensión **QUINTA DE LA DEMANDA** se solicita: Que en sede judicial se estime y fije la condena económica que podrá coincidir con el valor final definitivo que resulta de la estimación razonada de la cuantía y su (Actualización del dinero)

Que se declare la actualización del dinero en el tiempo y el reajuste del contrato:

- a) La condena será actualizada conforme lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, para que el dinero no pierda su valor real, conforme a la formula $V_p = V_h \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$.
- b) Tomando como base de la fecha de ejecutoria de la sentencia, este dinero de la condena deberá generar un rendimiento equivalente a los intereses corrientes de la Superintendencia Bancaria los primeros seis (06) meses, y del doble a partir de los seis (06) meses de vencimiento.
- c) **Actualización de precios del año 2015 a 2017 del Presupuesto Inicial.**

La pretensión **SEXTA** de la demanda es la **QUINTA** de la conciliación y además **ADICIONA UNA SEPTIMA PRETENSIÓN.**

6.- EXCEPCIONES DE MÉRITO

I. Inexistencia de incumplimiento contractual atribuible al Fondo Adaptación.

En primer lugar, y dado que el medio de control que nos ocupa se contrae a determinar si las demandada – "FONDO ADAPTACION", *incumplieron el contrato No. 168 de 2015* y en consecuencia *"deben pagar a AGUAS SANITARIAS SAS. el valor de los perjuicios de orden material a título de reparación del daño causado, por concepto de daño emergente y lucro cesante; reconocimiento y pago del equilibrio económico y la reparación del daño inferidos en las decisiones acusadas, así mismo solicita actualización de precios del año 2015 al 2017.*

Como se explicó y precisó al pronunciarnos frente a los que se consideraron hechos y pretensiones de la demanda y argumentos de defensa, pretende el contratista, aquí demandante, desconocer el poder vinculante de la integralidad y completitud de documentos que conformaban los Términos y Condiciones Contractuales del contrato 168 de 2015, y las obligaciones que de allí se derivan así como las obligaciones contractuales, las cuales revisó y aceptó, con lo cual asumió la responsabilidad que de tal situación se desprende. Igualmente está probado que las prórrogas y suspensiones fueron solicitadas por el mismo contratista con base en circunstancias única y exclusivamente atribuibles a su conducta, quien igualmente y en aceptación firmó los Otrosíes los que hacen parte integral del contrato, no siendo posible que pretenda, a la hora de ahora, trasladar su propio incumplimiento al Fondo Adaptación, para imputarle la reparación del daño que con este medio de control reclama, pues ésta entidad no ha desplegado conducta activa u omisiva alguna de la cual pueda derivarse el alegado perjuicio.

En este orden de ideas, se tiene que no existe un vínculo de causalidad entre la conducta que se atribuye al Fondo Adaptación y el daño cuya reparación se demanda, siendo claro que: **"Entre el hecho (culposos o no culposos) imputable a una persona física o jurídica y el daño causado debe**

consecuencia de su propia conducta no es posible deducir responsabilidad alguna a cargo de mi representa, pues es evidente que en éste caso no se configuran los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual del Estado, y ante la ostensible inexistencia de incumplimiento contractual solicito que el Fondo Adaptación sea absuelto de cualquier responsabilidad frente a las pretensiones del demandante.

En el caso *Sub examine* el contratista consintió al solicitar y suscribir cada una de las modificaciones contractuales, comprometiéndose a lo estipulado en cada uno de los documentos suscritos, sin protesta alguna. Además, cada una de las novedades encuentra sustento en hechos que son intrínsecos al objeto del contrato.

Igualmente dentro de las ocasiones del ejercicio contractual tuvo la oportunidad de manifestar que se había visto afectado en las cargas económicas, al verse roto el equilibrio de la ecuación financiera del contrato por variaciones en las condiciones inicialmente pactadas y por causas que no le han sido imputables y que no eran riesgo previsible al momento de suscribir el contrato, ni propio de la actividad contractual, lo que no ocurrió en ninguna de dichas etapas, contrario a esto las prórrogas y suspensiones fueron solicitadas por el mismo contratista con base en circunstancias única y exclusivamente atribuibles a su conducta.

De esta manera se tiene que el precedente jurisprudencial aplicable es reiterado al afirmar que, en estos casos: ***“la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas. En este orden de ideas, en relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato.”***¹⁸. (Negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, si con ocasión de la celebración de un contrato, el contratista a su juicio pide el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, éste debe acreditar que dichas circunstancias le generaron un perjuicio grave y anormal y que eran imprevisibles al momento de proponer o de contratar, pero esto no es suficiente, pues además debe alegarlo en forma oportuna ante la contratante, esto es al momento de suscribir las modificaciones contractuales.

Así, quien alega el menoscabo, debe demostrar que la alteración económica es grave, que se sale de toda previsión y que no está comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato y que deben ser asumidos por la Contratante. Lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa.

II. Violación del principio de la buena fe contractual y de la teoría del acto propio que de ella se deriva por parte del demandante

Sobre el principio de autonomía de la voluntad, la interpretación del contrato y el principio “lex contractus, pacta sunt servanda” en fallo de segunda instancia proferido el 30 de enero de 2013 por la sección tercera, subsección B, del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Dr. Danilo Rojas

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 2011-01069 del 27 de enero de 2016.
Página 40 de 55



2X 570

Betancourt, dentro de la Acción de controversias contractuales radicada 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217) promovida por COMERCIALIZADORA HIDROTECH AQUASERIE B LTDA contra el DEPARTAMENTO DEL CESAR, la alta corporación precisó lo siguiente:

"Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato). (...). En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales.

En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. (...). En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

PRINCIPIO COMMUNIS INTENTIO O PRINCIPIO DE LA FORMA PACTADA - Aplicación en materia de contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Aplicación del principio de communis intentio o de la forma pactada / CONTRATO ESTATAL - Interpretación: Según la forma pactada. Aplicación del principio communis intentio / CONTRATACION ESTATAL - Importancia de la hermenéutica contractual / CONTRATO ESTATAL - Importancia de la hermenéutica contractual

A partir de la communis intentio (1618 C.C.) que aparece exteriorizada en el cuerpo de la cláusula segunda, se concluye que las partes tenían en claro que la forma de pago se haría de esa manera simple: una mitad como anticipo y otra restante con la entrega final del equipo por parte del contratista. O lo que es igual, no existía -como alega el recurrente otra forma pactada que derivase de la oferta. (...) 6. A este propósito la Sala reitera lo expuesto en torno al alcance de la hermenéutica contractual y la importancia que tiene determinar el significado que tuvo para las partes en su momento una cláusula contractual. (...) El contenido de los artículos 1602 y 1618 del Código Civil colombiano representa el principio y fin de la institución contractual, en atención a que la autonomía de la voluntad, en condición de fuente de derechos y obligaciones, se objetiva en el contrato y cobra desarrollo pleno cuando es interpretada y se le asignan efectos conforme a la intención común de los contratantes. (...)

Por último, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con fallo del 18 de febrero de 2010 con ponencia del consejero Dr. Mauricio Fajardo Gómez, proferido dentro del proceso de controversias contractuales radicado 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596), promovido por TRACTO CASANARE LTDA contra el Departamento de Casanare, precisó:

"ACTO PROPIO - Principio de la buena fe. Venire contra factum proprium non valet Finalmente, la Sala anota que el demandante, con base en la reclamación judicial que ahora adelanta, está yendo en contra de sus propios actos, en clarísima vulneración de la regla "venire contra factum proprium non valet", derivada del principio de la buena fe, el cual encuentra consagración

La prohibición de ir en contra de los propios actos ha sido utilizada desde el derecho romano para proteger la coherencia en el comportamiento de las partes en el manejo de sus negocios, razón por la cual es una figura útil para la interpretación de los contratos, puesto que siendo una doctrina que se deriva del principio de la buena fe permite desentrañar la voluntad traducida en el acuerdo y no solamente la voluntad de cada contratante de forma independiente; con lo cual, y como ocurre en este caso, no cabe duda que para dilucidar la problemática que se plantea es menester reparar con detalle en las circunstancias particulares con base en las que se adelantó el proceso que terminó con la celebración del Contrato 168 de 2015.

Dicho esto, y como se deriva de toda la argumentación que se planteó con antelación y en la excepción anterior, es claro que la reclamación judicial que con este medio de control realiza AGUAS SANITARIAS SAS evidencia que está yendo en contra de sus propios actos, en clarísima vulneración de la regla "venire contra factum proprium non valet", derivada del principio de la buena fe, el cual, como se deduce de los precedentes jurisprudenciales en cita, encuentra consagración positiva y expresa en el ordenamiento jurídico colombiano.

Se afirma lo anterior, toda vez que en este caso la prueba documental que se aporta al proceso reviste la conducencia y suficiencia necesarias para declarar la prosperidad de esta excepción conforme al precedente judicial aplicable a la materia, razón por la que me permito citar el fallo del 2 de marzo de 2017, proferido dentro del expediente de controversias contractuales 30776, Radicado: 25000-23-26-000-2002-02244-01, promovido por Hyundai Corporation contra IPSE, donde la la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 22 de diciembre del 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde Preciso:

"Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.

Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, "...las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento", suscribiendo para tales efectos "los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar..."

Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en



22 57

el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea "venire contra factum proprium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

En este orden de ideas, en relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato."

III. Cobro de lo no debido y/o rechazo de la pretensión de declaratoria del desequilibrio económico del contrato por no haber sido consignadas salvedades en los otrosis y suspensiones adicionales celebrados.

Más allá de las razones explicadas con antelación y en gracia de discusión de la prosperidad de la excepciones previa y de mérito instauradas que hacen que esta problemática resulte ajena a la responsabilidad contractual de mi representada, lo cierto es que la sociedad AGUAS SANITARIAS SAS, a través de su apoderado, pretende cobrar sumas que no se compadecen con la realidad fáctica que se plantea en los hechos de la demanda que nos ocupa, teniendo en cuenta que dentro del **ACTA DE TERMINACION DEL CONTRATO No. 168 de 2015, firmado el día 15 de Abril de 2017** por el Interventor CONSORCIO CEI-SAM representado por el Director de Obra, señor ALBERTO MARTINEZ RIVERA y el aquí demandante AGUAS SANITARIAS SAS REPRESENTADO POR EL Director de Obra JOSE CASILIMAS BUENO, documento éste donde NO se dejó consignada ninguna salvedad respecto del presunto desequilibrio económico que ahora se reclama. Así mismo, tenemos el **ACTA DE ENTREGA Y RECIBO FINAL DEL OBJETO CONTRACTUAL DEL CONTRATO No. 168 de 2015, firmado a los 30 días del mes de mayo de 2017** por el Interventor CONSORCIO CEI-SAM representado por el Director de Obra, señor ALBERTO MARTINEZ RIVERA y el aquí demandante AGUAS SANITARIAS SAS representado por el Director de Obra JOSE CASILIMAS BUENO, documento éste donde igualmente NO se dejó consignada ninguna salvedad respecto del presunto desequilibrio económico que ahora se reclama, con lo cual resulta procedente la aplicación del precedente judicial citado en las dos excepciones precedentes y la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, sobre la que la sentencia T-213 de 2008 puntualizó:

"La Corte Constitucional ha mantenido una orientación jurisprudencial, respecto de la figura que se analiza en diversas providencias, lo cual se justifica en la prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas o incluso INMERECIDAS dentro del ordenamiento jurídico. Además, guarda coherencia con el principio de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, lo cual conduce a que eventualmente una acción de tutela resulte improcedente cuando los hechos desfavorables los ha generado el mismo interesado, como cuando por ejemplo no es advertida la curia o diligencia exigible en un proceso judicial.

Es que los derechos deben ejercerse de conformidad con el designio previsto por el Legislador. Pero ese ejercicio, a más de que lleva implícita una garantía en cabeza de su titular, al mismo tiempo comporta un deber y ello, no lo exonera, por tanto, de advertir la diligencia debida para el recto ejercicio de aquél.

Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la bona fides, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado.

fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido.

Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima nemo auditur suam turpitudinem allegans, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.) (Resaltado fuera de texto).

Al respecto se debe resaltar que la argumentación jurídica y las pruebas allegadas con la propia demanda, dan cuenta del hecho cierto e indiscutible de que en este caso la parte demandante – AGUAS SANITARIAS S.A.S. - no cumple el presupuesto indispensable para poder acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no obra constancia expresa de las inconformidades que a la hora de ahora plantean con esta demanda, con lo cual resulta imposible impugnar el contenido del acta en mención en sede judicial conforme a la regla general decantada por la jurisprudencia, dado que la firma sin observaciones del acta de recibo parcial supone una aceptación pura y simple de lo allí estipulado, lo cual implica la recíproca renuncia de los derechos de las partes¹⁹, y no media ningún vicio del consentimiento que afecte su validez.

En este orden de ideas, no existe sustento fáctico y jurídico que amerita acceder a las pretensiones de la demanda, de una parte, por cuanto frente al negocio jurídico de **ACTA DE TERMINACION DEL CONTRATO No. 168 de 2015**, suscrita de mutuo acuerdo el día 15 de Abril de 2017 y **ACTA DE ENTREGA Y RECIBO FINAL DEL OBJETO CONTRACTUAL DEL CONTRATO No. 168 de 2015**, igualmente suscrita de mutuo acuerdo a los 30 días del mes de mayo de 2017, la parte demandante no dejó ningún tipo de salvedad u observación con su firma, y mucho menos hizo expreso por algún medio en forma específica, clara, precisa y explícita los motivos concretos de inconformidad que a la hora de ahora realiza, de manera tardía y extemporánea, con esta demanda; y, de la otra, por cuanto no se acredita ni sustenta jurídica o probatoriamente el pretendido daño que se pide indemnizar, con base en un pretendido incumplimiento de mi prohijada que se basa en meras conjeturas y apreciaciones subjetivas de la parte demandante, todas ellas carentes de prueba en el acervo documental aportado con la demanda, en tanto éste da cuenta de la decisión unilateral del demandante de no continuar con la ejecución del contrato.

Por lo cual se solicita respetuosamente a Señor Juez dar por terminado el proceso teniendo en cuenta que se configura una terminación del Contrato con la debida suscripción del acta de finalización de la referida etapa contractual y a su vez el cobro de lo no debido y/o rechazo de la pretensión de declaratoria del desequilibrio económico del contrato por no haber sido consignadas salvedades en los contratos adicionales celebrados.

IV. Excepción “non adimpleti contractus”, o de contrato no cumplido

Con base en lo prescrito por el artículo 1609 del Código Civil y otras normas concordantes y complementarias, la jurisprudencia nacional ha desarrollado la excepción “non adimpleti contractus”, o excepción de contrato no cumplido, propia de los contratos bilaterales y sinalagmáticos, según la cual **no es dado que una de las partes exija el cumplimiento sin que haya cumplido, previa o simultáneamente, con las obligaciones estipuladas a su cargo en el contrato, pues, en caso tal, la otra parte está legitimada para abstenerse de cumplir con la correlativa obligación establecida a su cargo.**

¹⁹ Al respecto el artículo 15 del Código Civil prevé: “RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.”



23 51

Al respecto, la sección tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 29 de septiembre de 2015, proferida con ponencia del Consejero Hernán Andrade dentro del proceso radicado 25000232600019951170401 (30257), sep. 29/15, C.P. precisó que **"La excepción de contrato no cumplido, propia de los contratos de derecho privado, fue admitida en el campo de los contratos de derecho público con un alcance limitado, por razón de la naturaleza misma de los contratos que allí se celebran y por el interés general que se encuentra envuelto en los mismos, recordó la Sección Tercera del Consejo de Estado. Según el alto tribunal, la aplicación de este medio de defensa se encuentra condicionada a los siguientes supuestos**

1. **La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, es decir, que las obligaciones pactadas sean recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer.**
2. **El incumplimiento de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes.**
3. **Que el incumplimiento de la administración se pueda calificar como grave, de tal manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista.**
4. **Que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que se justifique por la configuración de aquel.**
5. **Que el cumplimiento de las demás obligaciones por parte de quien la invoca se encuentren cumplidas, o por lo menos exista la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.**

Adicionalmente, la corporación precisó que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo."²⁰

En fallo de segunda instancia proferido el 30 de enero de 2013 por la sección tercera, subsección B, del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Dr. Danilo Rojas Betancourth, dentro de la Acción de controversias contractuales radicada 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217) promovida por COMERCIALIZADORA HIDROTECH AQUASERIE B LTDA contra el DEPARTAMENTO DEL CESAR, la alta corporación precisó lo siguiente:

"Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato). (...). En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. (...). En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494 1495

PRINCIPIO COMMUNIS INTENTIO O PRINCIPIO DE LA FORMA PACTADA - Aplicación en materia de contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Aplicación del principio de communis intentio o de la forma pactada / CONTRATO ESTATAL - Interpretación: Según la forma pactada. Aplicación del principio communis intentio / CONTRATACION ESTATAL - Importancia de la hermenéutica contractual / CONTRATO ESTATAL - Importancia de la hermenéutica contractual

A partir de la *communis intentio* (1618 C.C.) que aparece exteriorizada en el cuerpo de la cláusula segunda, se concluye que las partes tenían en claro que la forma de pago se haría de esa manera simple: una mitad como anticipo y otra restante con la entrega final del equipo por parte del contratista. O lo que es igual, no existía -como alega el recurrente- otra forma pactada que derivase de la oferta. (...) 6. A este propósito la Sala reitera lo expuesto en torno al alcance de la hermenéutica contractual y la importancia que tiene determinar el significado que tuvo para las partes en su momento una cláusula contractual. (...) El contenido de los artículos 1602 y 1618 del Código Civil colombiano representa el principio y fin de la institución contractual, en atención a que la autonomía de la voluntad, en condición de fuente de derechos y obligaciones, se objetiva en el contrato y cobra desarrollo pleno cuando es interpretada y se le asignan efectos conforme a la intención común de los contratantes.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1618 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1602 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1618

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO O EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS - Debe ser armonizada con las reglas de derecho público. Aplicación en materia contractual / CONTRATACION ESTATAL - Excepcion de contrato no cumplido o exceptio non adimpleti contractus: Debe ser armonizada con las reglas de derecho público

El artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual "la mora de uno purga la mora del otro", consagra la *exceptio non adimpleti contractus*, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La *exceptio non adimpleti contractus* tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones.

ANTICIPO - Incumplimiento en pago total: Si no afecta gravemente el negocio jurídico, entonces no es procedente la aplicación de la exceptio non adimpleti contractus o excepción de contrato no cumplido / CONTRATO ESTATAL - Incumplimiento en pago de anticipo: Si la afectación no es grave no opera la exceptio non adimpleti o excepción de contrato no cumplido / PAGO - Anticipo. Si la afectación del incumplimiento no es grave no procede la exceptio non adimpleti o excepción de contrato no cumplido / EXCEPTIO NON ADIMPLETI O EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Contratación estatal. Procede cuando el incumplimiento del pago del anticipo afecta gravemente la ejecución del contrato mismo

Página 46 de 55



En el sub examine, la Sala advierte que si bien se presentó un retraso en el pago de una parte menor del "anticipo", este incumplimiento no tiene la entidad suficiente como para alterar la normal ejecución del negocio jurídico. En otros términos, al no demostrar el contratista demandante un incumplimiento serio, grave, determinante de la Administración, que lo hubiese puesto en una razonable imposibilidad de cumplir, no podría alegar en su favor la excepción de contrato no cumplido. Así las cosas, **se tiene que, por una parte, la contratista ahora demandante no probó el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y tampoco que hubiese mediado un incumplimiento de tal entidad por parte del departamento que lo hubiese puesto en condiciones de imposibilidad de cumplir, razón por la cual no proceden las condenas solicitadas en las pretensiones de la demanda; pero, por otra parte, tampoco acreditó un incumplimiento grave por parte de la entidad demandada.**"

En el mismo sentido, la sección tercera del Consejo de Estado, con fallo del 13-09-2001 con ponencia del consejera Dra. María Elena Giraldo Gómez, proferido dentro del proceso radicado 52001-23-31-000-1993-5282-01(12722), promovido por JUAN FERNANDO GONGORA ARCINIEGAS contra la Empresa Nacional de TELECOMUNICACIONES, TELECOM, precisó:

"EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Definición / EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS - Definición

La exceptio non adimpleti contractus es una regla legal y de equidad que orienta los contratos que son fuente de obligaciones correlativas o sinalagmáticas; está prevista así en el Código Civil: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos." (art. 1609). **Por virtud de la excepción de contrato no cumplido la parte contratista está legitimada, legalmente, para no ejecutar sus obligaciones mientras su co contratante no ejecute las propias.** La aplicación de esta figura legal respecto de las relaciones jurídicas derivadas de los contratos estatales fue acogida por la jurisprudencia luego de un importante proceso evolutivo en el cual existían posiciones encontradas. **Esta Corporación determinó su procedencia condicionada al cumplimiento de requisitos particulares, dispuestos en consideración a la especial naturaleza de los contratos del Estado, en los cuales prima la protección del interés público respecto del interés particular.** Sobre el particular encontramos las siguientes sentencias: La sentencia proferida el día 16 de febrero de 1984, Exp. 2509 y la sentencia proferida el 31 de enero de 1991, Exp. 4739.

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Requisitos

La excepción de contrato no cumplido respecto de los contratos estatales desarrolla los principios de equidad y de buena fe que orientan las relaciones jurídicas que de estos se derivan; también se deduce que su aplicación está condicionada al cumplimiento de los siguientes supuestos: **-Que exista un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas; condición esta que se justifica porque "La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas. -Que el no cumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de las dos partes contratantes, porque a nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido con base en el supuesto de que la otra parte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, si se tiene en cuenta que esta forma de incumplimiento conduce a un daño futuro meramente hipotético y por ende, no indemnizable. -Que el incumplimiento de la Administración sea grave, determinante y de gran significación; debe traducirse en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista. -Que quien invoca la excepción no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que**

la presente contestación se resuelve en forma negativa, al resultar ostensible que para la fecha de la presentación de esta demanda, y aún hoy, no se ha hecho efectiva la obligación de pago de la suma de \$66.269.456.00 por concepto de RETEGARANTIA suma que será reintegrada al contratista contra la suscripción del acta de liquidación del contrato de obra No. 168 de 2015, tal como se encuentra previsto dentro del contrato celebrado entre el la Sociedad AGUAS SANITARIAS SAS y el FONDO ADAPTACION, se estableció de manera clara y expresa, tanto los requisitos y condiciones, como el mecanismo para realizar el pago que a la hora de ahora echa de menos la parte demandante, así: - (...) **CLAUSULA TERCERA.- numeral 2, nota 2.** *"La retención de garantía del 5%, se pagará contra la suscripción del acta de liquidación del contrato, previo recibo a satisfacción de la obra, que debe incluir entre otros la entrega de los planos record, los manuales de operación y mantenimiento, paz y salvos de personal, legalización de servicios públicos, pólizas y demás documentos requeridos debidamente aprobada y suscrita por el interventor de obra y el contratista",*

Siendo así, es necesario manifestar al despacho que, mediante memorando I-2018-030780 del 6 de diciembre de 2018 el Sector Agua y saneamiento básico solicita a la Secretaría General del Fondo, iniciar el proceso de reclamación de la póliza de estabilidad del contrato de obra No.168 de 2015, suscrito con la firma Aguasaneitarias S.A.S. de acuerdo al informe técnico entregado por el Consorcio CEI SMA en calidad de interventor, radicado No. R-2018-038621 del 4 de diciembre de 2018, el evento de falla presentada entre las calles 5 y 6 del corregimiento de Payandé del municipio de San Luis departamento de Tolima.

Posteriormente la firma Aguasaneitarias S.A.S. según radicado No. R-2019-007571 del 22 de abril de 2019 presentó al Fondo, el informe relacionado con *"la reparación a la falla en uno de los tramos intervenidos en la carrera 4 entre calles 5 y 6 del corregimiento de Payandé del municipio de San Luis – Tolima y de los argumentos considerados inicialmente por Aguasaneitarias S.A.S. para demostrar las causas de la falla en el tramo intervenido"*, y comunico que mediante radicación No. E-2019-004283 del 15 de mayo de 2019 remitió el informe al Consorcio CEI SMA como interventor de las obras ejecutadas, para el respectivo concepto técnico.

Por lo anterior mediante comunicación R-2019-010317 del 30 de mayo de 2019, el Consorcio CEI SMA en calidad de interventor del contrato de obra No.168 de 2015 y en respuesta a la solicitud realizada por el Fondo, presentó al Fondo el *"Informe arreglo falla en vía contrato de obra No.168 de 2015"*. El cual se anexa como prueba.

Por lo tanto el Sector Agua y Saneamiento Básico, una vez revisado el informe presentado por la interventoría, en el cual se consigna entre otros, información general del contrato, informe financiero, hechos que motivaron la problemática presentadas, informe de gestión Interventoría, condiciones de la problemática presentada, intervención de la vía para la reparación de la falla, desarrollo de los trabajos, materiales, personal que intervino en los arreglos, registro fotográfico, mantenimiento del municipio de San Luis al corregimiento de Payandé a las vías intervenidas, precisa que el consorcio CEI SMA, acorde con la solicitud realizada el 15 de mayo de 2019 según oficio E-2019-004283, entregó el respectivo concepto técnico en los siguientes términos:

"Los trabajos de reparación por parte de Aguasaneitarias S.A.S., fueron efectuados de acuerdo a las especificaciones técnicas del contrato y las recomendaciones impartidas por el Consorcio CEI SMA".

"Los trabajos fueron adelantados bajo la supervisión del municipio de San Luis y la Interventoría".

"Los resultados de calidad del concreto fueron óptimos, dando cumplimiento con las especificaciones técnicas del contrato".



28/5/14

"Se debe garantizar el estricto cumplimiento del manual de operación y mantenimiento del alcantarillado, acción que debe ser asumida por el municipio de San Luis".

"Por lo anterior, el Consorcio CEI SMA, recomienda a la entidad contratante (Fondo Adaptación), proceda con el pago de la retegarantía al contratista (Aguasantarias S.A.S.), debido a que ya se encuentra superado el evento de la falla presentada en la placa del municipio de San Luis – corregimiento de Payandé, quien fue atendida por Aguasantarias S.A.S."

(...) En consecuencia, el Sector presentará a Secretaría General el acta de liquidación del contrato de obra No.168 de 2015 debidamente actualizada, con los soportes correspondientes, a fin de concluir con el trámite de liquidación del mismo, de tal forma que la Entidad pueda proceder con el desembolso del valor de la retegarantía realizada según las condiciones contractuales de la forma de pago del contrato y por otra parte, remitiremos el Acta de entrega de infraestructura para suscripción del ente territorial"

Requisitos y condiciones contractuales que, según se desprende de los informes técnicos presentados y que obran como hecho probado en el expediente, fueron cumplidos por parte del demandante AGUAS SANITARIAS en fecha posterior a la presentación de la demanda, tal como lo manifiesta el mismo demandante, en oficio radicado en el Fondo Adaptación con No. R-2019-007571 **el día 22 de abril de 2019**, consecuencia, única y exclusiva del obrar del mismo demandante, en tanto no había cumplido, las condiciones y requisitos establecidos contractualmente para hacer exigible la prestación debida, pese a que la interventoría contractual los formalizó por escrito; de suerte que ha sido su propia incuria la determinante para que a la fecha no se haya producido el trámite de liquidación del contrato y así cumplir con la obligación del pago de la RETEGARANTIA.

Al respecto el Consejo de Estado²¹ ha manifestado que **"El apotegma del derecho romano con arreglo al cual nadie debe ser oído cuando alegue su propia torpeza, culpa o inmoralidad" ("Nemo auditur suam turpitudinem allegans") (Pacta quae contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est)**²², que es tan recurrentemente invocado en el ámbito del derecho común, **se predica a fortiori en el ámbito de la contratación pública gobernada por el principio de legalidad**²³.

En efecto, a la luz de los hechos descritos y soportados con los informes del sector de Agua Potable y Saneamiento Básico del Fondo Adaptación, **se tiene que conforme a la jurisprudencia citada, el Fondo Adaptación está frente a la excepción de contrato no cumplido como derecho-inmunidad, en tanto la exceptio non adimpleti contractus tiene fundamento en las obligaciones recíprocas que derivan de su simultáneo cumplimiento, cuya inobservancia por parte de alguna de la partes da lugar a un remedio – derecho inmunidad – que justifica, con base en la equidad y la buena fe, que el deudor de una obligación – en este caso el pago a cargo del Fondo Adaptación - pueda negarse a cumplir aquello a lo que se obligó en tanto la contraparte - en este caso el Aguas Sanitarias SAS - no cumpliera la prestación a su cargo, a saber los requisitos y condiciones contractualmente establecidos para que nazca o surja la subsecuente obligación de pago a cargo del FA, previa aprobación por parte de la interventoría contractual – Consorcio CEI-SMA.**

En estas condiciones la obligación de pago - devolución de Reteagarantía - que reclama la parte demandante no se ha hecho exigible para el Fondo Adaptación, pues sólo habrá lugar al cumplimiento de esta obligación, cuándo el Contratista AGUAS SANITARIAS

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 03-05-2013 proferida dentro de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Asuntos Contractuales) Rad. 25000-23-26-000-1998-01825-01(23734) promovida por Hernando Angel Navarro contra la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ.

Con lo cual no es legítimo ni válido el cobro que a través de este medio de control se realiza, y mucho menos alegar mora en el cumplimiento de la obligación de pago, pues resultaría contrario a la equidad y buena fe contractual que quien no ha cumplido, ni ha querido siquiera allanarse a cumplir con la obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigir el cumplimiento de lo que en derecho le es debido son cumplir previamente para ello con las obligaciones pactadas a su cargo para que nazca la correlativa obligación de pago.

En efecto, el artículo 1609 del Código Civil Colombiano establece claramente que: ***"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos."***, norma que hace patente la facultad implícita de resolución de las obligaciones a partir de la reciprocidad e interdependencia de las que integran la relación jurídico negocial de este tipo de contratos.

Es así que esta norma permite a la parte deudora neutralizar provisionalmente la reclamación del acreedor mientras éste no cumpla o esté dispuesto a cumplir previa y correctamente la contraprestación contractual establecida a su cargo, pues sin ello no podrá exigir válidamente el pago en procura de mantener el equilibrio contractual que podría romperse si una de las partes realiza una prestación – pago - antes que la otra cumpla con los contraprestación o los presupuestos necesarios para ello, como claramente ocurre en este caso.

De forma que para evitar que se rompa este equilibrio es necesario impedir que una de las partes pueda forzar a la otra al cumplimiento anticipado de su prestación, cuando quien reclama dicho cumplimiento no ha cumplido con la contraprestación a su cargo por causas sólo a él imputables.

En el caso bajo análisis, del informe y soportes documentales aportados con los informes técnicos está debidamente probado en el expediente que la interventoría contractual requirió al aquí convocante para que cumpliera las condiciones y requisitos establecidos para el pago, sin que hasta la fecha se haya ejecutado tal obligación contractual.

Es así que aún hoy el ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO no ha sido debidamente aprobada por el Contratista ni por el CONSORCIO CEI-SMA como interventor designado por el FONDO, y cumpliendo con la totalidad de requerimientos establecidos por el manual de Pago a Terceros del FONDO ADAPTACIÓN para dicho pago.

En tal sentido, a la luz del precedente jurisprudencial citado es claro que en este caso se cumplen los presupuestos del test establecido por la Sección Tercera del Consejo de Estado para la procedencia de esta excepción, veamos:

Requisitos ²⁴ para la procedencia de la excepción de contrato no cumplido	Se cumple	
	Si	No
1. <i>"La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, es decir, que las obligaciones pactadas sean recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer."</i>	X	
2. <i>"El incumplimiento de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes."</i>	X	
3. <i>"Que el incumplimiento de la administración se pueda calificar como grave, de tal manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista."</i>		X
4. <i>"Que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del"</i>	X	

²⁴ Ver sentencia del Consejo de Estado del 29-09-2015, proceso radicado 25000232600019951170401 (30257), citada en el acápite de jurisprudencia.
Página 50 de 55



<i>Incumplimiento ante el cual se opone y que se justifique por la configuración de aquel."</i>		
5. "Que el cumplimiento de las demás obligaciones por parte de quien la invoca se encuentren cumplidas, o por lo menos exista la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente."	X	

Las respuestas frente al test, son afirmativas en cuanto a que se está frente a un contrato bilateral o sinalagmático (1), donde una de las partes – la demandante – ha incumplido una obligación a su cargo –requisitos y condiciones para el cobro del monto adeudado -(2) que justifica el no cumplimiento de la contraprestación reclamada – pago – por parte del Fondo Adaptación (4), razón por la que resulta procedente invocar esta excepción en tanto el FA sí ha cumplido con las obligaciones a su cargo y realizará el pago conforme al trámite reglamentario establecido para ello previo cumplimiento de los requisitos previstos para ello (5) a cargo del convocante.

Frente al presupuesto 3 se responde negativamente, en tanto no ha habido incumplimiento atribuible al Fondo Adaptación. Adicionalmente, el Consejo de Estado *"precisó que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo."* Requisito jurisprudencial que también se cumple, en tanto es claro que la obligación de pago es posterior a la del cumplimiento de todos los requisitos contractuales previstos para el cobro.

Este último presupuesto constituye la esencia misma de la excepción, pues en tratándose de contratos bilaterales y sinalagmáticos, la reciprocidad pactada supone no solamente que en un mismo contrato se establezcan obligaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas es equivalente a la de la contraria y, por consiguiente, ambas se condicionan mutuamente, para el caso: donde el cobro, previo cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos para ello en el contrato, precede y da lugar a que nazca la consecuente obligación de pago, en tanto se trata de contratos sinalagmáticos perfectos de los que se derivan obligaciones equivalentes para ambas partes y en los que rige el principio de cumplimiento simultáneo.

Con lo cual, ante este cobro en sede judicial se configura la excepción de contrato no cumplido en favor del Fondo Adaptación, pues en las obligaciones recíprocas de los contratos bilaterales y sinalagmáticos la regla general es su cumplimiento simultáneo o sucesivo; pero, como ocurre en este caso, tal situación se ve alterada por el incumplimiento previo de las condiciones y requisitos de orden legal y contractual que se pactaron de común acuerdo a cargo de la parte demandante para que nazca la obligación de pago a cargo del FA, de modo que no le es dado exigir el cumplimiento del pago, cuando de los informes técnicos aportados por la interventoría y el sectorial de Agua potable y saneamiento básico se colige que el Contratista AGUAS SANITARIAS SAS no había cumplido, ni se ha allanado a cumplir, previamente, con las obligaciones estipuladas a su cargo en el contrato para tales efectos.

V.- Excepción Genérica

De la manera más respetuosa y comedida solicito al señor Juez que se sirva decretar de oficio, cualquier excepción que advierta, o que resulte probada dentro del proceso, conforme a lo dispuesto en la jurisprudencia aplicable al respecto, entre ellas la sentencia del 13 de febrero de 2013 en la que la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, con ponencia del Consejero Dr. Hernán Andrade Rincón, dentro del proceso Radicado 110010326000201100063 00, puntualizó:

mantener sus derechos, si así lo exige la ley. Complementariamente, el artículo 300 del mismo código prevé, en su inciso primero, que cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

"Por su parte, el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 164, establece que, en la sentencia definitiva, se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, y que el silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus."

En conclusión, conforme a las precisiones fácticas y jurídicas realizadas, es claro que al no existir daño antijurídico alguno que pueda imputarse al Fondo Adaptación, se configuran los presupuestos de las excepciones previas y de mérito planteadas

6.- PETICIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con anterioridad como argumentos de defensa del Fondo Adaptación, en consonancia con los elementos probatorios aportados y los que se recauden en el decurso del proceso, solicito al Señor Juez realizar las siguientes o similares **declaraciones y condenas**:

1. Que el FONDO ADAPTACIÓN nunca incumplió el Contrato 168 de 2014, contrario a esto el Contratista AGUAS SANITARIAS SAS si pretende desconocer lo pactado en dicho contrato. Tanto es así que se firmó el **ACTA DE TERMINACION DEL CONTRATO No. 168 de 2015** de mutuo acuerdo el día 15 de Abril de 2017 y el **ACTA DE ENTREGA Y RECIBO FINAL DEL OBJETO CONTRACTUAL DEL CONTRATO No.168 de 2015** a los 30 días del mes de mayo de 2017, sin que se hubiera dejado salvedad alguna por parte del contratista en dichos actos contractuales.
2. Que en este caso no se configuran los presupuestos exigidos en la normatividad y jurisprudencia para la prosperidad del medio de control de controversias contractuales y menos aún se configuró un daño antijurídico imputable al Fondo Adaptación.
3. Declarar probadas las excepciones previas y de mérito que aquí se plantearon y en consecuencia absolver de toda responsabilidad al Fondo Adaptación, despachando desfavorablemente las declaraciones y condenas junto con los pagos pretendidos y en general la totalidad de las pretensiones realizadas en la demanda.
4. Aprobar la liquidación judicial del contrato No. 168 de 2015 con fundamento en lo previsto en el artículo 141 del CAPACA, teniendo en cuenta para ello el contenido de la ejecución financiera que se aporta como prueba con esta contestación, siendo claro que esta entidad a la luz de lo establecido en el artículo 7²⁵ del Decreto 4819 de 2010 carece de facultades para realizar la liquidación unilateral del contrato.
5. Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

7.- PRUEBAS

²⁵ Artículo 7°. Régimen Contractual. Reglamentado por el Decreto Nacional 2062 de 2011. Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública.





27/5/19

Para efectos de que el Señor Juez pueda obtener la convicción y la certeza sobre la realidad de los planteamientos esbozados solicito que se tengan, decreten y practiquen como tales las siguientes:

1.- Documentales aportadas: Conforme a lo establecido en el artículo 243 y siguientes del Código General del Proceso, dado el volumen de información y en concordancia con la normatividad de eficiencia administrativa y la política de cero papel en la administración pública (Directiva Presidencial No 04 de 2012), se aporta un disco compacto que contiene la versión digital de los siguientes documentos:

1.- Informe técnico. I- 2019-003110 de fecha 26/4/2019, sobre los hechos y pretensiones de esta demanda suscrito por el Asesor I – Sector Agua y Saneamiento Básico.

2.- Comunicación IHT-FA-083-0034 19 del 24 de abril de 2019 en donde el CONSORCIO CESMA-SMA en su calidad de Interventor del Contrato 168 de 2015, presenta su correspondiente Informe Técnico.

3.- Liquidación Financiera Final del Contrato No. 168 de 2015.

4.- Expediente Administrativo recibido del área correspondiente.

5.- Llamamientos en garantía efectuados a CONSORCIO CEI-SMA , (DUSSAU CEI SAS con una participación del 50% - SALGADO MELENDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A. y ACE SEGUROS HOY CHUBB SEGUROS S.A..

PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR EL DEMANDANTE

Conforme a lo establecido en el régimen probatorio, establecido en los artículos 164 y siguientes del Código General del Proceso, solicito que se nieguen las pruebas testimoniales de que trata el numeral IV PRUEBA TESTIMONIAL.- por no ser necesarias, conducentes ni pertinentes y, en su lugar, se decretan las pruebas documentales que con esta contestación se traen y solicita decretar dentro del proceso, en tanto resultan suficientes para resolver el problema jurídico que se plantea en esta demanda. con el debido respeto se considera que la prueba en este caso es de carácter eminentemente documental.

8.- LLAMAMIENTO EN GARANTIA

En caso de prosperar alguna de las pretensiones de la demanda, solicito se llame a responder por la condena y el pago en primer lugar al **CONSORCIO CEI-SMA , (DUSSAU CEI SAS** con una participación del 50% - **SALGADO MELENDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A.** con una participación del 50%) identificada con el NIT No. 900616226-1 representada por HERNAN MONTENEGRO ORJUELA, identificado con la cedula de ciudadanía no. 17.144.241, a quien dentro del objeto del Contrato 083 de 2014, "(...) se compromete con el FONDO a ejercer la Interventoría Integral, para la construcción de las obras de rehabilitación y/o reconstrucción y mitigación de sistemas de acueducto y alcantarillado afectados por el fenómeno de la niña 2010-2011 en los departamentos de Huila y Tolima, de conformidad con el estudio previo origen de este contrato (...)" igualmente debe ejercer en todo momento su criterio profesional en forma independiente, evitando que en su juicio influyan elementos distinto a los puramente técnicos y económicos, dentro de lo cual hace parte la atención y cuidado del pago de toda clase de impuestos. Así mismo se llama en garantía a **ACE SEGUROS HOY CHUBB SEGUROS** Nit. 860.026.518-6 quien constituyo en cumplimiento de la obligación establecida en el Contrato de No. 084 de 2014, **POLIZA DE GARANTIA UNICA DE CUMPLIMIENTO** No. 24211 - Vigencia 2-10-2015 hasta 2-05-2022. Tomado del CONSORCIO CEI

El artículo 217 del Código Contencioso Administrativo consagra la posibilidad de convocar forzosamente, en los procesos que se adelanten por controversias contractuales y de reparación directa, a terceros a partir de las figuras de la denuncia del pleito o llamamiento en garantía, siempre que se proceda de tal manera dentro del término de fijación en lista.

FUENTE FORMAL: FUENTE FORMAL: Código Civil, artículo 1899; Ley 1437 de 2011 - artículo 225; Ley 1564 de 2012 - artículo 64 y ss. y demás normas concordantes y conducentes.

"Artículo 225. Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado."

El código de procedimiento civil en su artículo 64 vigente a la fecha establece el llamamiento en garantía de la siguiente manera:

"Artículo 64. Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación."

10.- PETICIONES

Si en virtud del Medio de Controversias contractuales de la referencia, llegare a imponerse algún tipo de condena que afecte al FONDO ADAPTACIÓN, muy respetuosamente SOLICITO:

1- Ordenar a: **CEI-SMA, y/o ACE SEGUROS HOY CHUBB SEGUROS**, que paguen las sumas de dinero que correspondan conforme a la eventual condena y dentro de los límites contractualmente pactados.

2- Que en caso de oposición se condene a los llamados en garantía al pago de costas y agencias en derecho.

11.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUENTE FORMAL: Código Civil, artículo 1899; Ley 1437 de 2011 - artículo 225; Ley 1564 de 2012 - artículo 64 y ss. y demás normas concordantes.

"Artículo 225. Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado."

El Código General del Proceso en su artículo 64 establece:





28/25

"Artículo 64. Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación."

12.- DOCUMENTALES QUE SE APORTAN

- 1.- Disco compacto (CD) con el título: Expediente Administrativo: Contrato 168 de 2015 y Contrato de Interventoría No. 083 de 2014
- 2.- Comunicación radicada con el I-2019-002437 del 28-03-2019
- 3.- 201932893729328_Solicitud Concepto Técnico Controversia contractual Aguas sanitarias Ibagué
- 4.- 201961993951363- concepto interventoría-arreglos Payandé - junio 7-19
- 5.- 2019426185740663_Concepto Sectorial Agua - Jurídica-DEMANDA-AGUASANITARIAS abril 2019
- 6.- Liquidación Financiera del contrato No 168 - 2015 y Anexo No. 5 balance económico Contrato 168 de 2015

13.- ANEXOS

- 1.- Poder conferido para actuar, junto con copia de la Resolución 1218 del 14 de noviembre de 2018, mediante la cual se delega la representación judicial del Fondo Adaptación en la Secretaría General.
- 2.- Escrito de Llamamiento en Garantía a la Empresa CEIS-SMA y a la Compañía Chubb Seguros S.A
- 3.- Garantías del Contrato 083 de 2014 expedidas por Compañía Chubb Seguros S.A
- 4.- Certificado de la Compañía Chubb Seguros de Colombia S.A. expedido por la Superintendencia Financiera con fecha Junio 21 de 2019.
- 5.- Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá de Chubb Seguros S.A
- 6.- Tres (3 DVD) medio magnéticos que contienen el Expediente Administrativo, Demanda, contestación de la demanda, sus anexos y el llamamiento en garantía, para el traslado, copia para el despacho y las pruebas enunciadas

14.- NOTIFICACIONES

Mi poderdante y la suscrita las recibiremos en la carrera 7 No. 71 - 52, piso 8, Edificio Carrera 7, de la ciudad de Bogotá D.C. y en los correos electrónicos:
defensajuridica.fa@gmail.com y/o notificacionesjudiciales@fondoadaptacion.gov.co

Del despacho con todo respeto,

LUZ ALBA MARTIN MIRANDA

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUÉ
SECRETARIA

FECHA: 25 JUN 2019 HORA: 10:20 a
FOLIOS: 28 ANEXOS: 71
CORREO: Envía #016000683288 VENTANILLA
RECIBE: Sogri