

Secret.

2019

Bogotá D.C., mayo 14 de 2019

JUZ 16 CIVIL CTO BIR.
MAY 14 '19 AM 9:49

Doctora
CLAUDIA MILDRED PINTO MARTÍNEZ
Juez
Juzgado Dieciséis (16) Civil del Circuito de Bogotá D.C.
Ciudad

DMPG F32 100
MAY 14 '19 AM 9:49
1 Archivo } sin cds
1 Traslado

Referencia:	DEMANDA DE RECONVENCIÓN
Proceso:	DECLARATIVO VERBAL, ARTÍCULOS 368 y siguientes C.G.P.
Expediente:	11001310301620190014800
DEMANDANTE:	SERTIC S.A.S.
DEMANDADO:	EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL - ENTerritorio, antes FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE.

1

Respetada Juez,

CAMILO PÉREZ PORTACIO, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No 92.529.344 de Sincelejo, Sucre, abogado en ejercicio portador de la tarjeta profesional No 108.472 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la **EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL - ENTerritorio, antes FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE**, Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, vinculada al Departamento Nacional de Planeación - DNP, identificada con NIT 899999316-1, de acuerdo con el poder especial amplio y suficiente conferido por la doctora **ANDREA ORTEGÓN LÓPEZ**, mayor de edad identificada con cédula de ciudadanía No 52.690.727 de Bogotá D.C., en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de **ENTerritorio**, acudo a su Despacho dentro de la oportunidad legal consagrada en el artículo 369 del Código General del Proceso - CGP, para presentar **DEMANDA DE RECONVENCIÓN**, en contra de la sociedad **SERTIC S.A.S.**, en desarrollo de un proceso declarativo verbal desarrollado en los artículos 368 y siguientes C.G.P., por considerar que dicha sociedad incumplió el Contrato de Interventoría No. 2122281, teniendo en cuenta los siguientes:

1. HECHOS

- 1.1. El Ministerio de Minas y Energía, mediante la Resolución 180074 de 27 de enero de 2004, delegó en el Instituto Colombiano de Geología y Minería (INGEOMINAS) funciones que, como autoridad minera y concedente le otorgó el Código de Minas, dentro de las que se incluyó la fiscalización a los títulos mineros otorgados, ello sin perjuicio de la delegación hecha a los gobernadores de departamento, de acuerdo con el art 320 del Código de Minas.



105

- 1.2. En el marco del proceso de reorganización del Sector Minas y Energía, considerando la necesidad de especializar a INGEOMINAS en la investigación científica del potencial de recursos del subsuelo, en el seguimiento y monitoreo de amenazas de origen geológico, en el control y aplicación de la ciencia y tecnología nuclear con fines específicos y en el manejo y la utilización del reactor nuclear; el Decreto 4131 del 03 de noviembre de 2011, cambió la naturaleza jurídica de INGEOMINAS, de Establecimiento Público a Instituto Científico y Técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica, financiera y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Minas y Energía y parte del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI), denominándolo SERVICIO GEOLÓGICO COLOMBIANO- SGC.
- 1.3. De igual forma, con el fin de buscar mayor eficiencia en la administración del recurso minero, mediante el Decreto 4134 del 03 de Noviembre de 2011, se creó la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA -ANM, como agencia estatal, adscrita al Ministerio de Minas y Energía, encargada de ejercer las funciones de autoridad minera o concedente en el territorio nacional; administrar los recursos minerales del Estado y conceder derechos para su exploración y explotación; celebrar y hacer seguimientos los contratos de concesión y demás títulos mineros, cuando le sea delegada esa función por el Ministerio de Minas y energía; liquidar recaudar, administrar y transferir las regalías y otras contraprestaciones y fomentar la seguridad minera y coordinar y realizar las actividades de salvamento minero, entre otras funciones. Que corresponde al Servicio Geológico colombiano ejercer las funciones que, por competencia directa o por delegación, se le habían asignado a INGEOMINAS, hasta que entrara en operación la ANM, lo cual debería ocurrir dentro de los (6) seis meses siguientes a la expedición del Decreto 4131 de 2011.
- 1.4. El SERVICIO GEOLÓGICO COLOMBIANO ejercería, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4131 de 2011, las funciones de fiscalización y vigilancia de las obligaciones derivadas de los títulos mineros que habían sido delegadas a INGEOMINAS, por el Ministerio de Minas y Energía, en la Resolución 180074 de 27 de enero de 2004.
- 1.5. Mediante Resolución 18236 del 22 de diciembre de 2011, el Ministerio de Minas y Energía delegó al SERVICIO GEOLÓGICO COLOMBIANO, las funciones de vigilancia y control de la ejecución de títulos mineros efectuada en los gobernadores de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cesar y norte de Santander, condicionada a que se celebre el contrato correspondiente con EL INTERVENTOR, a quien se le acepte la oferta derivada del proceso de selección que se adelantara.
- 1.6. Para el ejercicio de las funciones mencionadas en el Código de Minas, por parte del SERVICIO GEOLÓGICO COLOMBIANO, se estimó conveniente contar con la colaboración de particulares en la ejecución e determinadas labores de apoyo a la fiscalización minera, a fin de contar con el personal y la capacidad técnica y operativa requerida para la fiscalización minera, y la fiscalización integral a todos los títulos mineros del territorio colombiano, con los más altos estándares de auditoría y gestión.

- 206
- 1.7. Con base en lo anterior, EL FONDO DE FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE y EL SERVICIO GEOLÓGICO COLOMBIANO -SGC, suscribieron el **Convenio Interadministrativo 2111045**, con el objeto: *"FONADE, se compromete con el SGC a ejecutar por su cuenta y riesgo, la gerencia integral del proyecto, que consiste en la ejecución de actividades de apoyo a la fiscalización integral de los títulos mineros"*.
 - 1.8. De conformidad con el Artículo 19 del Decreto Ley 4134 de 2011, la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA- ANM, entró en operación el 2 de mayo de 2012, por lo que mediante Adición y Modificación No. 1 al Convenio 031 de 2011 SGC-211045 de fecha 27 de diciembre de 2011, el SERVICIO GEOLÓGICO COLOMBIANO- SGC, le **cedió** su posición contractual a la ANM.
 - 1.9. Así las cosas, la relación contractual respecto al Convenio Interadministrativo 2111045, quedaría entre EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE y la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA-ANM.
 - 1.10. FONADE en desarrollo del Convenio 211045, suscrito con la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA- ANM, celebró contrato para la fiscalización de títulos mineros con el CONSORCIO GRUPO BUREAU VERITAS-TECNICONTROL y el CONSORCIO HGC, con el objeto que por parte del mencionado contratista se ejecutaran actividades de evaluación documental e inspección de campo requeridas para apoyar a la ANM, en esa temática de los títulos, expedidos en el territorio nacional.
 - 1.11. Concretamente, entre FONADE y CONSORCIO GRUPO BUREAU VERITAS-TECNICONTROL, se celebró el Contrato No. 2122051, que estuvo referido al apoyo de las tareas de fiscalización de los títulos mineros expedidos en los Departamentos del denominado Grupo 2. (*Boyacá, Santander, Norte de Santander, Valle, Cauca, Cesar, Atlántico, Guajira, Putumayo, Guainía, Vichada, Guaviare, y Vaupés*).
 - 1.12. Teniendo en cuenta el alcance, la variedad de los productos a entregar, la cobertura geográfica del objeto de la contratación y la complejidad de las actividades, se hizo necesario contratar una interventoría técnica, administrativa y de control presupuestal que ejerciera el monitoreo y seguimiento a la ejecución oportuna y adecuada de las actividades relacionadas con la evaluación documental e inspecciones de campo requeridas para apoyar al servicio geológico colombiano en la fiscalización integral de los títulos mineros, grupos 1 y 2.
 - 1.13. En el marco del Convenio se publicó en la página de FONADE, el aviso de convocatoria para el proceso de Oferta Pública de Contrato - OCC No 027 de 2012, de conformidad con el Manual de Contratación de FONADE, cuyo objeto fue *"CONTRATAR LA INTERVENTORIA TECNICA ADMINISTRATIVA Y DE CONTROL PRESUPUESTAL PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO POR EL CUAL SE DESARROLLAN LAS ACTIVIDADES DE EVALUACION DOCUMENTAL E INSPECCIONES DE CAMPO REQUERIDAS PARA APOYAR AL SGC EN LA FISCALIZACION INTEGRAL DE LOS TITULOS MINEROS- GRUPO 1 Y GRUPO 2."*

- 12
- 1.14. El día 20 de abril de 2012, se publicaron las reglas de participación fijándose como inicio para presentar ofertas el 20 de abril de 2012 y finalizando el 14 de mayo de 2012 a las 10:00 am, procediendo a la celebración de audiencia de precisión de contenido y alcance de las reglas de participación y análisis de riesgos el día 25 de abril de 2012. Sin embargo, el día 07 de mayo de 2012 mediante Adenda No.1 fue prorrogado el plazo para la presentación de ofertas hasta el día 22 de mayo de 2012. Momento procesal en el cual se llevó a cabo la audiencia de cierre y registro de entrega de ofertas y demás procedimiento hasta el 09 de julio de 2012, día en el cual se dio respuesta a las observaciones recibidas el informe final de evaluación y verificación, mediante el informe de respuesta a las observaciones al informe de evaluación y recomendación.
- 1.15. Para la Interventoría Técnica, Administrativa y de Control Presupuestal del Contrato No. 2122051, la Subgerente de Contratación del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE, aceptó para el grupo No2, la oferta presentada por el oferente **SERTIC S.A.S**, por lo que mediante comunicación de radicado número 20125100156901 del 09 de julio de 2012, remitida al Representante Legal de SERTIC S.A.S, se le informó la aceptación de oferta presentada por un valor de OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO NOVENTA PESOS. (\$8.387.561.190.00) M/CTE incluido IVA y demás tributos que se causen por el hecho de su celebración y ejecución.
- 1.16. Los compromisos asumidos por FONADE, mediante el contrato entre las partes se pagarían con cargo a los recursos provenientes del Convenio Interadministrativo No 211045, de conformidad con el certificado de disponibilidad presupuestal No. FGP 5940 de 22 de marzo de 2012, expedido por el responsable del presupuesto del Fondo de Gerencia de Proyectos de FONADE y vigencias futuras aprobadas mediante Acta No. 97 del 31 de enero de 2012, para las vigencias 2013 y 2014 con cargo al rubro Fondo Gerencia de Proyectos. El plazo inicial de ejecución del contrato que correspondía a la interventoría sería hasta el día 06 de agosto de 2014.
- 1.17. Entre FONADE y la sociedad SERTIC S.A.S, se suscribió el 30 de julio de 2012, el Contrato No. 2122281 de 2012, con el objeto que se realizara LA EJECUCIÓN DE LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y DEL CONTROL PRESUPUESTAL, PARA LA EJECUCIÓN EL CONTRATO No. 2122051, "POR MEDIO DEL CUAL SE DESARROLLAN LAS ACTIVIDADES DE EVALUACIÓN DOCUMENTAL E INSPECCIONES DE CAMPO REQUERIDAS PARA APOYAR AL SGC (SERVICIO GEOLÓGICO COLOMBIANO), EN LA FISCALIZACIÓN INTEGRAL DE LOS TÍTULOS MINEROS- GRUPO 2", suscrito entre FONADE y CONSORCIO GRUPO BUREAU VERITAS-TECNICONTROL.
- 1.18. Cumplidos los requisitos contractualmente establecidos, el veintiocho (28) de agosto de 2012, se suscribió el acta de inicio del contrato No. 2122281.

1.19. El contrato de interventoría fue modificado en cinco (5) oportunidades, mediante Otrosíes que introdujeron ajustes en la forma de pago, valor, y otros aspectos referidos al personal y al alcance de determinadas actividades.

1.20. En atención a que se trataba de un contrato de carácter accesorio, en todos los documentos contractuales se precisaba la dependencia que existía del contrato principal y de sus avances, especialmente, lo referido al pago final que se condicionó a la liquidación del contrato principal "ACTIVIDADES DE EVALUACIÓN DOCUMENTAL E INSPECCIONES DE CAMPO REQUERIDAS PARA APOYAR AL SERVICIO GEOLOGICO COLOMBIANO EN LA FISCALIZACIÓN INTEGRAL DE LOS TITULOS MINEROS, GRUPO 2".

1.21. En el Contrato Inicial (2122281), como en los Otrosíes suscritos, se pueden identificar las siguientes obligaciones por parte de SERTIC S.A.S.:

"Contrato No. 2122281

(...)

CLÁUSULA SÉPTIMA: GARANTÍAS: EL INTERVENTOR deberá constituir a favor de FONADE una garantía que podrá consistir en: a) Garantía bancaria de un establecimiento vigilado por la Superintendencia financiera de Colombia; b) Una póliza de seguro (...).

CLÁUSULA OCTAVA: SUPERVISIÓN...

PARAGRAFO PRIMERO: El supervisor del contrato está facultado a solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual y será responsable de mantener informado a FONADE de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles o que puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

CLÁUSULA NOVENA: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato o de las obligaciones a cargo de EL INTERVENTOR después de terminado el plazo de la ejecución. FONADE podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de pena (...).

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: - OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR las obligaciones de EL INTERVENTOR serán las contenidas en las Reglas de Participación, sus anexos y adendas, que hace referencia la cláusula primera del presente contrato.

OTRO SÍ No. 1

CLÁUSULA CUARTA: La suscripción del presente otrosí No.1, no exonera al contratista del cumplimiento de sus obligaciones acorde con las reglas de participación, y que se entiende que es independiente de las acciones legales de Fonade emprenda en el eventual incumplimiento de lo establecido en el contrato, las reglas de participación, sus adendas y demás documentos que hicieron parte del proceso contractual OCC-027 de 2012.

OTRO SÍ No. 4

CLÁUSULA SEGUNDA: Modificar la cláusula décima segunda del contrato No. 2122281 el numeral 4.10.5 de las reglas de participación del proceso OCC- 027-2012 del contrato No. 2122281 en el sentido de incluir a cargo de la interventoría, las siguientes obligaciones:

- 1. De acuerdo a la programación que da cada ciclo entregue el contratista principal, la Interventoría deberá realizar la programación de revisión, seguimiento, control y aprobación de los productos, hasta la entrega a la ANM, de acuerdo a los plazos establecidos en el contrato principal y en el contrato de interventoría y sus otrosíes.*
- 2. Revisar el producto cargado en la Herramienta Informática por parte del contratista principal y pronunciarse dentro de los doce (12) días hábiles siguientes al cargue, señalando puntualmente las causas del rechazo.*
- 3. (...).*

Otrosí No.5

(...)

CLÁUSULA SEGUNDA: MODIFICACIÓN

- 1. Con corte al último día de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2014, EL CONTRATISTA deberá cumplir como mínimo con la aprobación del 75%, 80%, 85% y 90% respectivamente, de los informes de evaluación documental, Informes de inspección de campo e Informes de Fiscalización Integral- IFI cargados por el contratista principal en la herramienta informática.*
- 2. A la finalización del contrato de interventoría (30 de diciembre de 2014) EL CONTRATISTA deberá haber aprobado el 100% de informes de evaluación documental Informes de inspecciones de campo e IFI's, cargados por el contratista principal en la herramienta informática con corte al 30 de noviembre de 2014.*
- 3. En todo caso, EL CONTRATISTA se compromete a aprobar los IFI's , así como del los informes de evaluación documental el informes de visitas de campos pendientes por aprobación a 30 de diciembre de 2014, a más tardar dentro de los 15 días calendario siguiente a la fecha de finalización del contrato.*

PARÁGRAFO PRIMERO: Para los numerales 1 y 2 de la presente clausula, FONADE admitirá un porcentaje de cumplimiento no menor al 95% de las metas allí definidas.

PARÁGRAFO SEGUNDO: La aprobación de los IFI's debe cumplir en todo caso con los requisitos establecidos en los documentos técnicos que hacen parte del contrato principal y del contrato de interventoría.

- 1.22. Surtida la ejecución del contrato, se suscribió por parte de LUIS ERNESTO ACOSTA GUITIÉRREZ, Gerente del Convenio No. 211045, Acta de Terminación del contrato de fecha 30 de diciembre de 2014 y Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto del Contrato de Interventoría, suscrita por el funcionario en mención.*

290
2015

1.23. El 31 de agosto de 2015, teniendo como antecedente que entre las partes no se llegó a un acuerdo, FONADE liquidó unilateralmente el Contrato No. 2122281, en virtud de la cláusula Décima Quinta del contrato, la cual establecía:

(...) las partes acuerdan que si EL INTERVENTOR no se presenta a la liquidación o no se llega a un acuerdo sobre el contenido de la misma, la liquidación se practicará directa y unilateralmente por FONADE a través de un documento por escrito (...).

1.24. En dicha Acta de Liquidación Unilateral, FONADE dejó constancia expresa en el numeral 9 de las observaciones, consideraciones y salvedades, dentro de las que vale la pena resaltar las siguientes:

7

1.24.1. FONADE manifestó que, para la revisión y aprobación por parte de la Agencia Nacional de Minería - ANM, de la totalidad de los productos entregados, en caso que dicha entidad rechazara o devolviera productos entregados, por fallas de calidad o incumplimiento de algunas de las obligaciones correspondientes a la interventoría, FONADE se reservaba el derecho de adelantar las acciones administrativas y/o judiciales correspondientes, tendientes al restablecimiento de las cargas jurídico contractuales establecidas inicialmente, esto era, por el incumplimiento del contrato.

1.24.2. FONADE se reservó el derecho de adelantar las acciones administrativas y/o judiciales correspondientes, si con posterioridad a la liquidación unilateral realizada, se detectaba o conocía la circunstancia que evidenciara que la interventoría, no informó sobre la ocurrencia de hechos o situaciones que constituyeran actos de corrupción tipificados como conductas punibles o que pudieran poner en riesgo el cumplimiento del contrato, o que habiéndose constituido el incumplimiento no lo haya comunicado a FONADE.

1.24.3. FONADE se reservó el derecho de adelantar las acciones administrativas y/o judiciales correspondientes, si con posterioridad a la liquidación unilateral realizada, **se detectaba o conocía que el interventor no exigió la calidad de los bienes o servicios contratados, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas aplicables a la materia, o en caso de haber certificado como recibido a satisfacción un servicio no ejecutado a cabalidad.**

1.24.4. En caso que la Agencia Nacional de Minería - ANM, **devolviera o rechazara productos por incumplimiento de las condiciones técnicas establecidas, en el anexo técnico del contrato, lo cual evidencia incumplimiento de la interventoría, FONADE se habilitaba para la correspondiente reclamación.**

1.24.5. FONADE se reservó el derecho de adelantar las acciones administrativas y/o judiciales correspondientes, si con posterioridad a la liquidación unilateral realizada, se detectaba o conocía que el interventor no informó a FONADE el posible incumplimiento total o parcial de alguna de las obligaciones del contrato principal, lo que hacía solidario al interventor, de los perjuicios que se ocasionaran.

1.25. Mediante Acta de fecha 5 de diciembre de 2016, se suscribió la liquidación de común acuerdo y con salvedades del Convenio de Gerencia de Proyectos No. 031 de 2011 SGC-211045 FONADE, celebrado entre el

29/76

SERVICIO GEOLÓGICO COLOMBIANO- SGC- cedido a la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA- ANM y el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE-

- 1.26. En dicha acta, FONADE manifestó que suscribió y ejecutó un total de cuarenta y cinco (45) contratos derivados, de los cuales (40), se ejecutaron para desarrollar el proyecto de Apoyo a la fiscalización Minera.
- 1.27. Respecto a los productos derivados de la contratación suscrita por FONADE, en desarrollo del Convenio No. 211045, para el proyecto de Fiscalización Minera, realizó 39.670 productos en total. A la fecha 25 de noviembre de 2016, la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA, había recibido a satisfacción 33.745 productos entregados por FONADE, y **no recibió a satisfacción 5.925.**
- 1.28. La AGENCIA NACIONAL DE MINERIA- ANM- declaró en el acta, que no recibió los productos por las siguientes cláusulas de NO aceptación, entendiendo las siglas IFI como "INFORME DE FISCALIZACIÓN INTEGRAL" y BVTC como "BUREAU VERITAS-TECNICONTROL":



"(...)

CAUSALES DE NO ACEPTACIÓN	CANTIDAD	EXPLICACIÓN FONADE
No Aprobado Interventoría	1.810	1810 IFI de BVTC no recibidos por Interventoría, ni por FONADE.
No Aprobado Interventoría	255	2 IFI de HGC aprobada la ED por Interventoría 68 IFI de BVTC aprobado por Interventoría 185 sin aprobación de Interventoría.
Sin Corrección por parte de FONADE	1.698	No se cuenta con la claridad de las causas de devolución por parte de la ANM
No recibos en físico	679	357 IFI de HGC aprobados por ANM en la herramienta. 322 IFI de BVTC aprobados por la ANM en la herramienta.
Rechazo por evaluación incorrecta	535	287 IFI de HGC rechazados por ANM en la herramienta.

29277

		248 IFI de BVTC rechazados por la ANM en la herramienta,
No aprobado FONADE	286	277 IFI de HGC con aprobación de interventoría a 2014 y aprobación FONADE 2015 9 IFI de BVTC con aprobación de interventoría a 2015.
Visitas de cierre de documentación incompleta	235	235 IFI de HGC que el contratista realizó, pero la ANM no acepta porque el título estaba terminado.
Rechazado por evaluación incorrecta en el proceso de Liquidación	350	73 IFI de HGC rechazado por ANM por evaluación incorrecta. 111 IFI de BVTC rechazados por ANM por evaluación incorrecta. No tenemos información 166.
Archivo digital no cargado (Deficiencia)	71	71 IFI de BVTC que no servía el Archivo Digital FONADE los corrigió y remitió a la ANM.
IFI duplicados-elaborados por los dos consorcios	6	Se aclaró que el título 388 le correspondió a BVTC Se aclaró que el título HK2-14391X le correspondió a HGC Se aclaró que el título IK9- 16091, le correspondió a HGC Se aclaró que el título IK9- 16031, le correspondió a HGC
TOTAL	5.925	

9

(...)"

1.29. Del anterior cuadro, se pueden establecer incumplimientos por parte de SERTIC S.A.S, como los siguientes:

- Sin Corrección por parte de FONADE, 1.698 IFIS, por aclarar por parte de la ANM, causas de devolución que fueron solicitadas mediante derecho de petición y a la fecha no se cuenta con respuesta.

29378

- No Recibidos en Físico: 322 IFI de BVTC, aprobados por la ANM en la herramienta. Pagados por FONADE previa aprobación de la Interventoría del cumplimiento del requisito para el pago.
 - Rechazados por Evaluación Incorrecta: 248 IFI de BVTC rechazados por la ANM en la herramienta. Pagados por FONADE previa aprobación de la Interventoría del cumplimiento del requisito para el pago.
 - Rechazo por Evaluación Incorrecta en el Proceso de Liquidación: 111 IFI de BVTC rechazados por la ANM por evaluación incorrecta. Pagados por FONADE previa aprobación de la Interventoría del cumplimiento del requisito para el pago.
 - Archivo digital no cargado (Deficiencia), 71 IFI de BVTC que no servía el Archivo Digital FONADE los corrigió y remitió a la ANM.
- 1.30. Así mismo, las partes estuvieron de acuerdo en la no aceptación de 1.810 IFIS, por no contar con la aprobación de la interventoría.
- 1.31. FONADE manifestó que ejecutó la suma de \$230.068.135.449, que corresponden al costo pagado a los Consorcios principales por la elaboración, entrega y recibo de 39.670 IFI, no obstante, el valor ejecutado no incluye el valor de 1.810 evaluaciones documentales las cuales FONADE no recibió ni pagó a su contratista.
- 1.32. La Interventoría SERTIC SAS, manifestó en su Informe Final remitido a FONADE el 01 de julio de 2015, mediante comunicación con radicado 20154300507612, que el CONSORCIO GRUPO BUREAU VERITAS TECNICONROL, de un 100% de avance de entrega de productos, cumplió en un porcentaje del 68.29%.
- 1.33. La AGENCIA NACIONAL DE MINERIA- ANM, en el numeral 7 del Acta de Liquidación del Contrato 211045, llamado: POSICIÓN DE LA ANM, manifestó:
- “De los valores reconocidos por el contrato derivado de interventoría se descuenta la proporción de interventoría no realizada por la suma de \$8.939.362.749, pues resultaría lesivo pagar el 100% de las interventorías cuando hubo una ejecución de interventoría menor a ese porcentaje, si se remunera el 100% se estaría pagando por un trabajo no realizado.”* Subrayado fuera el texto original.
- 1.34. Los incumplimientos por parte del Contratista CONSORCIO GRUPO BUREAU VERITAS- TECNICONROL, y replicados por la Interventoría del mencionado contrato, el Contratista SERTIC S.A.S; quedaron reflejados en el Acta de Liquidación del Convenio, suscrita entre FONADE y la ANM.
- 1.35. En el Acta de Liquidación del Convenio dejaron las partes la siguiente constancia:
- “En este sentido, ha dejado constancia de su no recibo a satisfacción por parte de los supervisores de los productos contratados, según lo disponía la cláusula décima novena del Convenio 211045, esto es en cuanto a los IFIS. Respecto a la rebaja proporcional de la cuota de gerencia, es el efecto que sigue al no haberse efectuado gerencia sobre los*

29479

\$330.449.616.123 sino sobre el valor desembolsado \$ 237.866.000.000, por lo que no es posible que FONADE pretenda que se le remunere su gerencia de proyecto al 100%.”.

- 1.36. FONADE se encontraba comprometida frente al SGC, posteriormente por haberse cedido en Convenio, a la ANM, a ejecutar por su cuenta y riesgo, la Gerencia Integral del Proyecto, como se estipuló en el Convenio, no obstante, para este caso, la no entrega a satisfacción de los productos que manifestó en el Acta la ANM se originó de forma directa en las actividades ejecutadas por SERTIC S.A.S.
- 1.37. La no aceptación por parte de la ANM, de los productos ejecutados por BVTC, cuya interventoría estuvo a cargo de SERTIC S.A.S., causó un perjuicio enorme a FONADE, dado que la ANM no reconoció el valor de los recursos pagados a BVTC, previa la aprobación de la interventoría y además descontó el valor pagado a la interventoría sobre estos productos, porque en su opinión no cumplían los requisitos, sobre los cuales FONADE pagó a sus contratistas.
- 1.38. El 20 de marzo de 2017, FONADE mediante Comunicación 20172300075471 informó al interventor SERTIC S.A.S., la situación acaecida con los IFIS y reflejada en el Acta de Liquidación del Convenio.
- 1.39. El 10 de abril de 2017, SERTIC S.A.S., atendió la comunicación de FONADE y planteó unas aclaraciones que no resultan satisfactorias.
- 1.40. Así las cosas, dentro de la diligencia de CONTROVERSIAS CONTRACTUALES, iniciada por los aquí demandados, radicada bajo en número 150012333000-2017-00090-00, solicitamos mediante la figura de la DEMANDA DE RECONVENCIÓN, la declaratoria del incumplimiento de SERTIC S.A.S., dentro el contrato accesorio No. 2122281, suscrito por el mencionado y en FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE.

2. PRETENSIONES

- 2.1. Que se declare el incumplimiento de la sociedad SERTIC S.A.S., en la ejecución del Contrato de Interventoría No. 2122281, suscrito con FONADE.
- 2.2. Que como consecuencia de dicha declaratoria se ordene hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la Cláusula Décima del Contrato de Interventoría No. 2122281, por el monto máximo acordado por las partes.
- 2.3. Que derivado del incumplimiento del Contrato de Interventoría No. 2122281, se ordene hacer efectiva la póliza de seguros No. 0758181-9, de la compañía SURAMERICANA, obtenida por SERTIC S.A.S, como amparo del Contrato.

- 29578
- 2.4. Que se ordenen todos los reconocimientos, pagos, intereses y actualizaciones a que haya lugar como producto del incumplimiento declarado.
 - 2.5. Que se condene en costas a SERTIC S.A.S.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Las pretensiones planteadas se fundamentan en las siguientes disposiciones legales, artículos 1494, 1495, 1499, 1602 y 1603 del Código Civil Colombiano; 864, 871 y 973 del Código de Comercio, como lo pasamos a sustentar a continuación.

3.1. GENERALIDADES.

El Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo - FONADE, es una organización comprometida con el desarrollo del país a través de alianzas con entidades públicas o privadas orientadas a estructurar y ejecutar con calidad y oportunidad proyectos estratégicos dirigidos a transformar vidas en beneficio de las Entidades territoriales y de las Regiones. Busca de esta manera, el desarrollo socioeconómico del país y sus regiones, al ser reconocido como el estructurador y ejecutor de proyectos estratégicos más efectivo de la nación. Su objeto principal es ser Agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas.

Fue creada mediante la expedición del Decreto Ley 2168 en 1992¹, se convirtió en una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero y se le asignó la función de ser Agencia de Proyectos de Desarrollo. A través del Decreto 288 de 2004², le fueron otorgadas mediante el Artículo 3º, catorce (14) funciones en desarrollo de su objetivo, entre las que están:

3.1. *Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales.*

3.2. *Realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta.*

3.3. *Celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo.*

3.4. *Realizar operaciones de crédito externo o interno con sujeción a las normas legales vigentes.*

(...)

3.6. *Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos.*

(...).

Frente a la función de GERENCIA DE PROYECTOS, se conoce que FONADE puede canalizar recursos de diferentes fuentes, y manejar cada uno de estos con la independencia requerida. Igualmente, puede aplicarse a cualquiera de las fases del

¹ Por el cual se crea el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo.

² Por el cual se modifica la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, y se dictan otras disposiciones.

proyecto -preparatoria, de ejecución o de evaluación y liquidación o actividades específicas de alguna de ellas.

Esta función cuenta con unas fases clasificadas como: NEGOCIACIÓN, PLANEACIÓN Y EJECUCIÓN y LIQUIDACIÓN, en las cuales se surten las siguientes actividades:

"Negociación: Determina la viabilidad para la suscripción de convenio a través de un adecuado proceso de identificación, revisión y análisis de las necesidades y requisitos de los clientes y de los proyectos a ejecutar.
Planeación y ejecución: Define o ajusta los planes operativos que permiten la ejecución de los proyectos de un convenio para realizar (ejecutar, aplicar) una serie de actividades coordinadas y concertadas entre todos los que intervienen en el proceso con el fin de entregar oportunamente los productos objetos del convenio.
Liquidación: Efectúa el balance y cierre del cumplimiento de los compromisos adquiridos por FONADE en la ejecución de un convenio de Gerencia de Proyectos, mediante un proceso de revisión integral de las obligaciones adquiridas por las partes, de acuerdo con los compromisos pactados con el cliente y con los contratistas. "

13

El Contrato de Interventoría No. 2122281, celebrado entre FONADE y SERTIC S.A.S, derivó del Convenio Interadministrativo No. 211045, suscrito entre FONADE y el SERVICIOS GEOLÓGICO COLOMBIANO - SGC, en el que la primera se comprometió con la segunda a "ejecutar por su cuenta y riesgo, la gerencia integral del proyecto, que consiste en la ejecución de actividades de apoyo a la fiscalización integral de los títulos mineros" y donde se esperaba en principio la colaboración mutua de las dos entidades teniendo presente que las actividades son propias de un Convenio Gerencial de Proyecto.

Entre FONADE y el SGC, se celebró dicho Convenio en razón de que, en el marco de la estrategia de modernización del Estado, se identificó la necesidad de buscar colaboración de instituciones como FONADE, ya que es considerada una Entidad que cuenta con la organización y experiencia necesaria para brindar la asistencia técnica, jurídica y financiera en todas las actividades del Convenio No. 211045.

Al celebrar el contrato de Interventoría No. 2122281, de carácter accesorio, FONADE basado en la experiencia, previamente tuvo en cuenta el alcance, la variedad de los productos a entregar, el objeto de la contratación y la complejidad de las actividades, es decir, contemplo la necesidad del Interventor que ejerciera las funciones de garantizar el cumplimiento de lo acordado entre FONADE y CONSORCIO GRUPO BUREAU VERITAS- TECNICONROL, mediante el contrato No. 2122051, que estaba referido al apoyo de las tareas de fiscalización de los títulos mineros expedidos en los Departamentos del denominado Grupo 2. (Boyacá, Santander, Norte de Santander, Valle, Cauca, Cesar, Atlántico, Guajira, Putumayo, Guainía, Vichada, Guaviare, y Vaupés).

En el momento que FONADE publicó la convocatoria para el proceso de Oferta Pública de Contrato - OCC No 027 de 2012, de conformidad su Manual de Contratación, cuyo objeto fue "CONTRATAR LA INTERVENTORIA TECNICA ADMINISTRATIVA Y DE CONTROL PRESUPUESTAL PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR EL CUAL SE DESARROLLAN LAS ACTIVIDADES DE EVALUACION DOCUMENTAL E INSPECCIONES DE CAMPO REQUERIDAS PARA APOYAR AL SGC EN LA FISCALIZACIÓN INTEGRAL DE LOS TITULOS MINEROS- GRUPO 1 Y GRUPO 2", previo proceso de selección, aceptó la presentada por el oferente SERTIC S.A.S, por considerarla como la oferta más favorable

en virtud del principio de **Selección Objetiva**, basado en los criterios el precio, el plazo, la calidad y la experiencia los cuales, considerados integralmente permitieron establecer que era la mejor propuesta.

Respecto al Contrato de Interventoría No 2122281, celebrado por FONADE y SERTIC S.A., facilitador de la presente controversia, se recuerda que es un contrato accesorio del contrato principal No. 2122251, celebrado entre FONADE y BVTC, el cual a su vez se originaba en harás de cumplir los objetivos del Convenio No. 211045. Dicho contrato accesorio nació de la relación entre una Empresa Industrial y Comercial de Estado de carácter financiero y un particular, por cuanto los contratos que celebra FONADE en calidad de parte contratante, están regidos por las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables a las entidades financieras de carácter estatal, según lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 y por los principios previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política sobre la función pública y la gestión fiscal, es decir, sus disposiciones se encuentra revestidas de derecho privado (código de comercio y civil), aun así, las obligaciones y el cumplimiento de la potestad como Interventor primeramente se encuentran originadas por las indicaciones y bases de una correcta contratación estatal y el cumplimiento de los principios generales del derecho. En los procesos de selección de contratistas, el artículo 860 del Código de Comercio, establece la naturaleza jurídica de las ofertas, en el siguiente sentido: "*Art. 860. En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás*". Por lo anterior, las ofertas no solo son "actos asociados a los procesos de contratación", sino que como lo establece el artículo 860 del Código de Comercio, implican "la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor".

Paralelo a ello, FONADE, en virtud del principio de **Buena Fe**, frente a la oferta y posterior contrato de SERTIC S.A.S, asumió una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado, donde previamente dejó claro que el contrato correspondía a un negocio debidamente diseñado y pensado, conforme a las necesidades y prioridades que demanda; buscando de esta manera que el contrato no fuera el producto de la improvisación ni de la mediocridad. Así las cosas, las cláusulas del Contrato No 2122281, fueron previamente conocidas por SERTIC S.A.S., teniendo, además, oportunidad para oponerse a ellas, solicitar su ajuste o retiro del contrato.

3.2. LA INTERVENTORÍA EN LOS CONTRATOS.

La función de verificación y vigilancia de los Interventores emana de la facultad de dirección y control sobre la ejecución de la contratación y del principio de responsabilidad de ella, pero sobre todo la interventoría comprende una función que va más allá del control y vigilancia y es la de coadyuvar para el cumplimiento del objeto del contrato vigilado.

Al contrato de Interventoría lo constituye la coordinación, la supervisión, el control y en veces hasta la dirección misma de una, varias o todas las obligaciones derivadas de un contrato o contratos específicos; lo anterior implica que tanto la existencia misma del contrato de interventoría como su ejecución no se encuentran necesariamente atadas a la existencia o el cumplimiento de otro contrato estatal, sino que dependen de sus propias obligaciones principales y autónomas. En este orden de ideas, si se tratará de un contrato de ejecución sucesiva cuando la coordinación, la supervisión, el control y en veces la dirección del cumplimiento de una o de varias obligaciones contenidas en

otro u otros contratos, deban ser ejecutadas de manera sucesiva durante un tiempo más o menos largo y será de ejecución instantánea cuando dichas obligaciones se ejecuten en un sólo acto. De igual manera, se general obligaciones mutuas o recíprocas entre la Entidad contratante y el contratista particular –persona natural o jurídica.

Del contrato de Interventoría No. 2122281, como en los Otrosíes realizados en la Ejecución del mismo, celebrado por entre FONADE Y la firma SERTIC S.A.S, se desprenden unas obligaciones supeditadas al contratista, de las cuales se resaltan las siguientes:

“Contrato No. 2122281

(...)

CLÁUSULA SÉPTIMA: GARANTÍAS: EL INTERVENTOR deberá constituir a favor de FONADE una garantía que podrá consistir en: a) Garantía bancaria de un establecimiento vigilado por la Superintendencia financiera de Colombia; b) Una póliza de seguro (...).

CLÁUSULA OCTAVA: SUPERVISIÓN...

PARAGRAFO PRIMERO: El supervisor del contrato está facultado a solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual y será responsable de mantener informado a FONADE de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles o que puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

CLÁUSULA NOVENA: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato o de las obligaciones a cargo de EL INTERVENTOR después de terminado el plazo de la ejecución. FONADE podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de pena (...).

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: - OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR las obligaciones de EL INTERVENTOR serán las contenidas en las Reglas de Participación, sus anexos y adendas, que hace referencia la cláusula primera del presente contrato.

OTRO SÍ No. 1

CLÁUSULA CUARTA: La suscripción del presente otrosí No.1, no exonera al contratista del cumplimiento de sus obligaciones acorde con las reglas de participación, y que se entiende que es independiente de las acciones legales de Fonade empresa en el eventual incumplimiento de lo establecido en el contrato, las reglas de participación, sus adendas y demás documentos que hicieron parte del proceso contractual OCC-027 de 2012.

OTRO SÍ No. 4

CLÁUSULA SEGUNDA: Modificar la cláusula décima segunda del contrato No. 2122281 el numeral 4.10.5 de las reglas de participación del proceso OCC- 027- 2012 del contrato No. 2122281 en el sentido de incluir a cargo de la interventoría, las siguientes obligaciones:

- 4. *De acuerdo a la programación que da cada ciclo entregue el contratista principal, la Interventoría deberá realizar la programación de revisión, seguimiento, control y aprobación de los productos, hasta la entrega a la ANM, de acuerdo a los plazos establecidos en el contrato principal y en el contrato de interventoría y sus otrosíes.*
- 5. *Revisar el producto cargado en la Herramienta Informática por parte del contratista principal y pronunciarse dentro de los doce (12) días hábiles siguientes al cargue, señalando puntualmente las causas del rechazo.*
- 6. *(...).*

Otrosí No.5

"(...)

CLÁUSULA SEGUNDA: MODIFICACIÓN

- 4. *Con corte al último día de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2014, EL CONTRATISTA deberá cumplir como mínimo con la aprobación del 75%, 80%, 85% y 90% respectivamente, de los informes de evaluación documental, Informes de inspección de campo e Informes de Fiscalización Integral- IFI cargados por el contratista principal en la herramienta informática.*
- 5. *A la finalización del contrato de interventoría (30 de diciembre de 2014) EL CONTRATISTA deberá haber aprobado el 100% de informes de evaluación documental Informes de inspecciones de campo e IFI's, cargados por el contratista principal en la herramienta informática con corte al 30 de noviembre de 2014.*
- 6. *En todo caso, EL CONTRATISTA se compromete a aprobar los IFI's , así como del os informes de evaluación documental el informes de visitas de campos pendientes por aprobación a 30 de diciembre de 2014, a más tardar dentro de los 15 días calendario siguiente a la fecha de finalización del contrato.*

PARÁGRAFO PRIMERO: Para los numerales 1 y 2 de la presente clausula, FONADE admitirá un porcentaje de cumplimiento no menor al 95% de las metas allí definidas.

PARÁGRAFO SEGUNDO: La aprobación de los IFI's debe cumplir en todo caso con los requisitos establecidos en los documentos técnicos que hacen parte del contrato principal y del contrato de interventoría."

En los numerales 4.10.3, 4.10.4, 4.10.5 y 4.10.6, de las Reglas de Participación que culminaron en la suscripción del Contrato de Interventoría No. 2122281, se establecieron obligaciones del INTERVENTOR divididas en 4 grupos: OBLIGACIONES DE CARÁCTER GENERAL, OBLIGACIONES DE CARÁCTER PARTICULAR,

25300

OBLIGACIONES DE CÁRACTER TÉCNICO y OBLIGACIONES DE CÁRACTER ADMINISTRATIVO, dentro de las que se resaltan las siguientes:

“4.10.3. Obligaciones de carácter general

4.10.3.1 *Corresponderá a EL INTERVENTOR controlar, exigir, y verificar la ejecución del contrato objeto de interventoría velando por los intereses de FONADE, atendiendo criterios de menor costo, menor tiempo y mayor calidad. Para el manejo técnico, administrativo y de control presupuestal de los contratos de consultoría, aplicará la organización, procedimientos y metodología de FONADE referentes al manejo, trámite y cumplimiento de las actividades durante la ejecución y liquidación de los contratos, de acuerdo con el Manual de Interventoría de FONADE. EL INTERVENTOR constatará su legalización, verificará su amparo presupuestal, conocerá y accederá a los documentos inherentes a su realización y verificará la aprobación de las garantías que correspondan.*

17

Adicionalmente, cumplirá las siguientes obligaciones generales:

4.10.3.2 *Responder, en los términos previstos en la legislación tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a FONADE y/o SERVICIO GEOLÓGICO COLOMBIANO, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerza las funciones de interventoría.*

4.10.3.3 *Adelantar el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por FONADE sobre las obligaciones a cargo del contratista.*

4.10.4. Obligaciones de carácter particular

Sin perjuicio de aquellas otras obligaciones establecidas en el manual de interventoría de FONADE y en las presentes reglas de participación, serán obligaciones de carácter particular a cargo de El INTERVENTOR, las siguientes:

4.10.4.3 *El interventor deberá aprobar todos los documentos y/o productos presentados por el contratista principal, en cumplimiento de las reglas de participación y el contrato principal objeto de interventoría.*

4.10.4.5 *Mantener informado a FONADE de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato. En el evento de que EL INTERVENTOR no informe oportunamente de un posible incumplimiento del contrato objeto de interventoría, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista principal, será solidariamente responsable con éste de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sea imputables a EL INTERVENTOR.*

30/01/2016

4.10.5. Obligaciones de carácter técnico

Sin perjuicio de aquellas establecidas en el manual de interventoría y las reglas de participación, serán obligaciones de carácter técnico a cargo de EL INTERVENTOR aquellas relacionadas con la vigilancia y verificación del cumplimiento de las condiciones técnicas generales y específicas para la correcta ejecución, entre ellas:

4.10.5.1 Controlar que los trabajos y actividades estén siendo desarrollados de acuerdo a lo establecido en el contrato objeto de interventoría y todos los documentos técnicos que forman parte de este.

4.10.5.10 Verificar que la herramienta informática contenga la totalidad de las actividades adelantadas por el contratista, al igual que los resultados obtenidos. Que permita además generar los reportes estadísticos definidos por FONADE y el SGC. Verificar que la entrega de informes y recomendaciones derivadas de las evaluaciones técnicas y jurídicas tanto documentales como en campo, se ajuste a los formatos establecidos para ello y a los cronogramas aprobados.

18

4.10.6. Obligaciones de carácter administrativo

Sin perjuicio de aquellas otras obligaciones establecidas en el manual de interventoría de FONADE y en las presentes reglas de participación, serán obligaciones de carácter administrativo a cargo del INTERVENTOR, las siguientes:

4.10.6.7 Realizar seguimiento a los tiempos de ejecución de las actividades para dar cumplimiento a los cronogramas y programas aprobados para el desarrollo del contrato objeto de interventoría.

4.10.6.9 Informar al SGC y a FONADE sobre las situaciones acaecidas durante la ejecución de los contratos que puedan representar impedimento o incumplimiento y generar demoras en el normal desarrollo del contrato objeto de interventoría.

3.3. CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS.

El Código de Comercio, en el artículo No. 864, define el contrato como un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

Por su parte el Código Civil Colombiano, establece que el Contrato es una fuente de obligaciones que nacen del concurso real de las voluntades, definiéndolo en el artículo 1485 como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Sobre los contratos principales se ha establecido, que nacen por sí mismos sin necesidad de otra convención o acuerdo, distinto a los accesorios, que nacen referentes a la existencia de un contrato principal y tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

30227

Frente a la responsabilidad del contratista accesorio, referente al contrato principal, el Consejo de Estado, mediante Sentencia 1293-2013³, manifestó que, aunque se conoce que un contrato accesorio deriva de un contrato principal, este en caso de que se presenten inconvenientes respecto al objeto del primer contrato, como segundo no tiene por qué correr con la misma suerte, aclarando que el contrato accesorio tiene la característica de autónomo e independiente, donde citamos:

"Ahora bien aunque los términos descritos permiten advertir con claridad que la celebración de un contrato accesorio estaba ligada a la necesidad de posibilitar la adecuada ejecución de la obra principal, ello no resulta suficiente para considerar que el respectivo contrato accesorio se adhería o se integraba al principal como para agregar que toda la suerte y las vicisitudes del contrato accesorio deberían seguir la suerte y las vicisitudes del contrato principal; por el contrario, aun cuando su denominación pudiese sugerir otra cosa o incluso resultar engañoso al respecto, lo cierto es que esa regulación prevista para los aludidos contratos accesorios de obra evidenciaba que esa clase de vínculo daban lugar a la formación de contratos nuevos, autónomos e independientes, con vida y subsistencia propia y aunque su objeto estaba vinculado al de la obra principal, lo cierto es que consistía en la ejecución de una infraestructura de suyo diferente, respecto del cual se itera, había lugar a exigir la elaboración de estudios y de diseños propios y distintos a los de la obra principal, así como la determinación de precios, cantidades de obra y plazos diferentes."

3.4. DEL INCUMPLIMIENTO DE LA FIRMA SERTIC. S.A.S. EN EL CONTRATO DE INTERVENTORIA No. 2122281. CELEBRADO CON FONADE.

Al analizar los datos consignados en el cuadro que se aporta en el numeral No. 1. 28, del acápite de los HECHOS, basados en las Cláusulas de NO aceptación de los productos por parte de la ANM a FONADE, establecidas en el acta de Liquidación del Convenio 211045, se puede observar que el CONSORCIO GRUPO BUREAU VERITAS- TECNICONROL y a su vez la Interventoría representada por la firma SERTIC S.A.S, no cumplieron de manera adecuada con la entrega de los productos exigidos contractualmente, los cuales en encuentran determinados así:

- Sin Corrección por parte de FONADE, 1.698 IFIS, por aclarar por parte de la ANM, causas de devolución y cuántos corresponden a BVTC, con la Interventoría de SERTIC S.A.S.
- No Recibidos en Físico: 322 IFI de BVTC, aprobados por la ANM en la herramienta. Pagados por FONADE previa aprobación de la Interventoría del cumplimiento del requisito para el pago.
- Rechazados por Evaluación Incorrecta: 248 IFI de BVTC rechazados por la ANM en la herramienta. Pagados por FONADE previa aprobación de la Interventoría (SERTIC S.A.S.) del cumplimiento del requisito para el pago.
- Rechazo por Evaluación Incorrecta en el Proceso de Liquidación: 111 IFI de BVTC rechazados por la ANM por evaluación incorrecta. Pagados por

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN
Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

30320

FONADE previa aprobación de la Interventoría (SERTIC S.A.S.) del cumplimiento del requisito para el pago.

- Archivo digital no cargado (Deficiencia), 71 IFI de BVTC que no servía el Archivo Digital FONADE los corrigió y remitió a la ANM.

La Interventoría representada por la firma SERTIC SAS, manifestó en su Informe remitido a FONADE el 01 de julio de 2015, mediante comunicación con radicado 20154300507612, que el CONSORCIO GRUPO BUREAU VERITAS TECNICONTRON, cumplió con sus obligaciones en un **porcentaje de avance del 68.29%**; que durante el plazo de ejecución fueron requeridos los informes sobre el cumplimiento y avance del contrato, manifestando que según el avance calculado respecto a lo efectivamente ejecutado, el Contratista cumplió con el porcentaje mencionado y con el siguiente número de IFI:

Producto	Periodo 1	Periodo 2	Periodo 3	Periodo 4	Periodo 5	Periodo 6	Periodo 7	Periodo 8	Total
Evaluación Documental	4234	4760	4875	3866	1485	60	0	0	19.280
Inspección de Campo	3970	4490	4590	3861	1482	60	0	0	18.453
IFI	4234	4760	4785	3866	1485	60	0	0	19.280

SERTIC S.A.S, tenía como obligación contractual la verificación, vigilancia y control sobre la ejecución de la contratación, función que nace en virtud del principio de responsabilidad sobre la cual se deben celebrar los contratos. Al presentar el reporte de no recibidos en físico y el rechazo de unos productos por parte de la ANM frente a FONADE, se evidencia que **la función de interventoría no se realizó a cabalidad** cuando contractualmente y en función del objeto del contrato, no debió presentarse esta situación.

Al analizar las obligaciones emanadas primeramente de LAS REGLAS DE PARTICIPACIÓN de la Oferta Pública - OPC 0172012, luego entonces establecidas en el contrato No. 2122281 y sus Otrosíes, se constata que SERTIC S.A.S estaba obligado a velar por los intereses de FONADE, en cuanto al manejo, tramite y cumplimiento de todas las Actividades durante la ejecución del contrato. De igual manera, debía mantener informado a FONADE de los hechos o circunstancias que pudieran en riesgo el cumplimiento del contrato. Además, cada pago que se hacía a BVTC contaba con la aprobación del hito establecido en el contrato por parte de la Interventoría, lo que garantizaba que el servicio se había prestado de conformidad con lo contratado. No obstante, el Acta de Liquidación del Convenio de ANM y FONADE, refleja que esto no ocurrió.

Lo anterior generó un grave perjuicio a FONADE, en cuanto le impidió ejecutar a cabalidad, y por ende recibir la totalidad de los recursos esperados y derivados del Convenio suscrito con la ANM.

De otra parte, SERTIC S.A.S. al momento de certificar que el CONSORCIO GRUPO BUREAU VERITAS TECNICONTRON, a la fecha de 01 de julio de 2015, no había cumplido con el 100% de la entrega de los productos acordados con FONADE, sino solo 68.29%; está aceptando que no realizó la interventoría del 100% de su actividad contratada, toda vez que si se tiene en cuenta que el contrato de Interventoría se deriva de un contrato principal, en este caso del celebrado con CONSORCIO GRUPO BUREAU

30429

VERITAS TECNICONTRON, y este a su vez no ejecutó el 100%, es de entender que como contrato accesorio no realizó la interventoría de la totalidad de los productos inicialmente previsto y por tal razón FONADE, pagó de manera proporcional el valor variable del contrato en comparación de la real ejecución del contrato principal.

Al presentarse incumplimientos por parte del Interventor, las Reglas de Participación establecieron que este sería solidariamente responsable ante FONADE, de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sea imputables y de acuerdo a los incumplimientos que se consignaron en el Acta de Liquidación del Convenio ANM - FONADE, se ha causado un perjuicio a FONADE.

FONADE, entidad con experiencia en el tema contractual, frente a los incumplimientos presentados en el contrato celebrado con SERTIC S.A.S, se reservó la facultad de adelantar las acciones administrativas y judiciales necesarias, por el rechazo o la devolución de los productos que se pretendiera entregar a la ANM, como se estableció en el Acta de Liquidación Unilateral del contrato 211045, en el numeral 9 de las observaciones, consideraciones y salvedades, de las cuales se resaltan:

"(...)

- *FONADE manifestó que, para la revisión y aprobación por parte de la Agencia Nacional de Minería - ANM, de la totalidad de los productos entregados, en caso que dicha entidad rechazara o devolviera productos entregados, por fallas de calidad o incumplimiento de algunas de las obligaciones correspondientes a la interventoría, FONADE se reservaba el derecho de adelantar las acciones administrativas y/o judiciales correspondientes, tendientes al restablecimiento de las cargas jurídico contractuales establecidas inicialmente, esto era, por el incumplimiento del contrato.*
- *FONADE se reservó el derecho de adelantar las acciones administrativas y/o judiciales correspondientes, si con posterioridad a la liquidación unilateral realizada, se detectaba o conocía la circunstancia que evidenciara que la interventoría, no informó sobre la ocurrencia de hechos o situaciones que constituyeran actos de corrupción tipificados como conductas punibles o que pudieran poner en riesgo el cumplimiento del contrato, o que habiéndose constituido el incumplimiento no lo haya comunicado a FONADE.*
- *FONADE se reservó el derecho de adelantar las acciones administrativas y/o judiciales correspondientes, si con posterioridad a la liquidación unilateral realizada, se detectaba o conocía que el interventor no exigió la calidad de los bienes o servicios contratados, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas aplicables a la materia, o en caso de haber certificado como recibido a satisfacción un servicio no ejecutado a cabalidad.*
- *En caso que la Agencia Nacional de Minería - ANM, devolviera o rechazara productos por incumplimiento de las condiciones técnicas establecidas, en el anexo técnico del contrato, lo cual evidencia incumplimiento de la interventoría, FONADE se habilitaba para la correspondiente reclamación.*
- *FONADE se reservó el derecho de adelantar las acciones administrativas y/o judiciales correspondientes, si con posterioridad a la liquidación unilateral realizada, se detectaba o conocía que el interventor no informó a FONADE el posible incumplimiento total o parcial de alguna*

205

de las obligaciones del contrato principal, lo que hacía solidario al interventor, de los perjuicios que se ocasionaran.

Así las cosas FONADE, frente al incumplimiento de SERTIC S.A.S., manifestado por la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA, y en concordancia a las obligaciones que tenía dicha sociedad como Interventoría, tiene plenas facultades para iniciar acciones administrativas y judiciales tendientes a resarcir los perjuicios que se le pudieron haber causado por la falta de observancia y cumplimiento debido de las funciones del mencionado contrato derivado.

Respecto a la garantía pactada en el momento que se celebra el contrato 2122281, entre SERTIC S.A.S y FONADE, se estableció mediante la Cláusula Séptima que estaría representada en una póliza, esta fue expedida por la Compañía Aseguradora SURAMERICANA No. 0758181-9 por un valor de \$3.993.478.854, esto en función de garantizar la debida ejecución de la contratación, la cual al presentarse los incumplimientos ya explicados se hace necesaria hacerla efectiva toda vez que la ejecución no se realizó a cabalidad.

3.5. DE LA CLÁUSULA PENAL PACTADA

El Código de Comercio, establece sobre la Cláusula Penal de los contratos lo siguiente:

“ARTÍCULO 867. CLÁUSULA PENAL. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.”

En las Reglas de Participación, columna rectora del contrato de Interventoría celebrado entre SERTIC S.A.S y FONADE, se estableció primeramente lo siguiente respecto a la Cláusula Penal contractual:

“4.14. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

En caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato o de las obligaciones a cargo de EL INTERVENTOR después de terminado el plazo de ejecución, FONADE podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de pena, por un monto equivalente hasta por el veinte por ciento (20%) del valor del grupo correspondiente. El pago del valor acá señalado a título de cláusula penal pecuniaria se considera como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados por el incumplimiento de EL INTERVENTOR, razón por la cual, FONADE tendrá derecho a obtener de EL INTERVENTOR el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan irrogado. EL INTERVENTOR autoriza a FONADE a descontar y compensar de los saldos presentes o futuros a su favor, los valores correspondientes a la pena pecuniaria aquí estipulada. De no existir tales deudas o de no resultar suficientes para cubrir la

306

totalidad de su valor, FONADE podrá obtener el pago de la pena pecuniaria mediante el ejercicio de las acciones legales a que haya lugar. El valor de la pena pecuniaria pactada se calculará sobre el valor total del contrato, incluidas las modificaciones al valor del mismo. "

De igual manera, en la Cláusula Décima del Contrato 2122281, se estableció la cláusula pecuniaria en los mismos términos de las Reglas de Participación.

Las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, una tasación anticipada de perjuicios que hacen las partes, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La ley permite a las partes, que, al margen de sus mandatos, incluyan algunas estipulaciones en los contratos con estas finalidades. Al evidenciar los incumplimientos causados por la Interventoría SERTIC S.A.S, es procedente hacer efectiva la Cláusula Penal estipulada desde la realización de la Oferta hasta en el contrato mismo, dado a que se cumplen los requisitos para exigirla.

23

Siendo así y teniendo en cuenta que el valor total del contrato celebrado con SERTIC S.A.S, estuvo por un valor final de TRECE MIL TRESCIENTOS ONCE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA PESOS M/L (\$13.311.596.180), al momento de hacer efectiva la cláusula penal pactada correspondiente al 20% del contrato, correspondería entonces a la retribución en favor de FONADE, el valor de **DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/L (2.662.319.236).**

4. JURAMENTO ESTIMATORIO

En los términos del artículo 206 del Código General del Proceso - CGP, realizo juramento estimatorio para la presente demanda de reconvención en la suma de **DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/L (2.662.319.236).**

5. PRUEBAS

Además de las pruebas que se encuentran aportadas en el proceso, tanto en la demanda inicial como en la contestación, que reposan en el expediente desde que su trámite se adelantaba ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, solicitamos que también se tengan como tales y se ordenen, decreten y practiquen las siguientes:

5.1. Interrogatorio de Parte.

Se solicita al Despacho que ordene y practique el interrogatorio de parte del Representante Legal de la sociedad SERTIC S.A.S.

5.2. Testimoniales.

Se solicita al Despacho que ordene y practique diligencia de testimonio a la Supervisora en la ANM del Convenio 211045 en su componente de fiscalización, para que detalle las razones de no recibo de los productos aprobados por la Interventoría y que la ANM consideró que no cumplían con los parámetros de aceptación.

307

5.3. Documentales.

Solicitamos tener en cuenta las siguientes que fueron aportadas con la demanda de reconvencción presentada ante el Tribunal Administrativo de Boyacá y que reposan en el expediente:

5.3.1. Se aporta CD con la siguiente información:

- 5.3.1.1. SOPORTES PRECONTRACTUAL: 35 Archivos Adjuntos.
 - Aviso Convocatoria OCC-027/2012
 - REGLAS DE PARTICIPACIÓN
 - Estudios Previos
 - Análisis de Riesgos y Anexos
 - Documento Técnico y Alcances
 - Adendas
 - Propuestas Económicas
 - Informe de Evaluación y Recomendaciones
 - Observaciones y Respuestas a Observaciones
 - Solicitudes de Aclaración
 - Lista de Chequeo para Inicio del Contrato.
- 5.3.1.2. MINUTAS Y OTROSÍES: 21 Archivos Adjuntos
 - Certificado de Disponibilidad Presupuestal
 - Registro Presupuestal
 - Contrato y Adiciones
 - Acuerdo de Confidencialidad
 - Acta de Inicio
- 5.3.1.3. Otrosíes con sus Pólizas, Prorrogas y Anexos
- 5.3.1.4. SOPORTES DE EJECUCIÓN (Informes y Comunicados): 28 Archivos Adjuntos.
- 5.3.1.5. TERMINACIÓN: 2 Archivos Adjuntos
 - Acta de Terminación
 - Informe de Entrega y Recibo Final
- 5.3.1.6. LIQUIDACIÓN: 2 Archivos Adjuntos
 - Acta de Liquidación del Convenio 211045-ANM y FONADE
 - Acta de Liquidación Unilateral 2122281- FONADE y SERTIC S.A.S.
- 5.3.1.7. Soportes Contrato BVTC.
- 5.3.1.8. Comunicación FONADE 20172300075471 de marzo 20 de 2017.
- 5.3.1.9. Respuesta SERTIC S.A.S., a la comunicación de FONADE.

6. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Solicitamos al Despacho que en los términos de los artículos 64, 65 y 66 del CGP, se cite como llamado en garantía a la Compañía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, para que responda en el proceso según lo asegurado en la póliza No. 0758181-9.

300

7. ANEXOS

Se aportan los siguientes:

7.1. Poder para actuar debidamente conferido.

NOTIFICACIONES

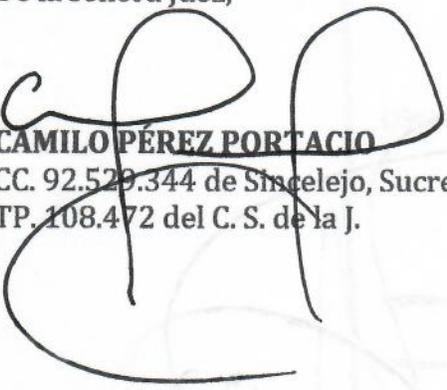
Las recibiré en la Secretaría de su Despacho, así como en la Carrera 13 No 85 - 39 oficina 702 de Bogotá D.C., y en la dirección de correo electrónico camilo@perezportacio.com

25

La llamada en garantía sociedad **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, con NIT: 890.903.407 - 9, recibe notificaciones en la Carrera 63 No 49 A 31 Piso 1 Ed. Camacol, Medellín, Antioquia, y en la Carrera 11 No 93 - 46 de la ciudad de Bogotá, con dirección electrónica para notificación notificacionesjudiciales@sura.com.co

Los demandados en reconvención en las direcciones suministradas por ellos en el presente proceso.

De la señora Juez,


CAMILO PÉREZ PORTACIO
CC. 92.529.344 de Sincelejo, Sucre
TP. 108.472 del C. S. de la J.